التنبيهات المستنبطة
على كتب المدونة والمختلطة

تأليف

القاضي أبي الفضل عياض بن موسى
ابن عياض اليحصبي

المتوفى سنة ٥٤٤هـ

تحقيق

الأستاذ الدكتور محمد الكريم بخيت

المجلد الرابع

توزيع
المكتبة التوفيقية

تأليف
القاضي أبي الفضل عياض
ابن عياض اليحصبي
4
توزيع
المكتبة التوفيقية

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

التنبيهات المُستنبَطة

على كُتُب المُدوّنة والمُختَلِطة

تأليف

القاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي

المتوفى سنة ٥٤٤ هـ

تحقيق

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

الجزء الرابع

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب العيوب

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب العيوب

قوله: [(في العبد[1] لك رده إلا أن يكون العيب الذي أصابه عندك عيب[2] مفسد مثل القطع والشلل والعور والعمى، وشبهه - ثم قال -: فإن كان العيب الذي أصابه عندك عيباً مثل هذه العيوب كنت مخيراً في أن ترد وتغرم بقدر ما أصاب العبد عندك من العيب، وإن شئت حبست[3] وأخذت من البائع ما بين الصحة والداء)][4].

حمله جميعهم على أن تخييره في تلك العيوب المتقدمة، وعليها بسطوا كلامهم، ولم يختلف تأويلهم عليها إلا ما فسره بعض متأخري[5] شيوخنا، واختاره[6] مما لا يقتضي النظر سواه من أنه يجب إذا بطل بالعيب الغرض من المبيع والمنفعة المطلوبة منه أنه كالفوات لجميعه ليس فيه إلا قيمته؛ كالعمى والشلل في اليدين أو قطعهما، حتى قال بعضهم: ذلك في قطع اليد الواحدة أو شللها[7]، واستدل أبو عِمرَان بقوله هنا: عيب مفسد.

قال: وذكر العمى[8] والعور.

---

(1) في (ر2): (العيب).

(2) قوله: (عيب) ساقط من (ر2) و(ح).

(3) في (ر2): (احتبسته)، وفي (ح): (أحبست).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 305، و(العلمية): 3/ 321، و(السعادة/ صادر): 10/ 300، و(تهذيب البراذعي): 3/ 278.

(5) قوله: (متأخري) ساقط من (م).

(6) قوله: (واختاره) ساقط من (ح)، وفي (ر2): (وأختاروه).

(7) في (ح): (شلها).

(8) في (ر2): (العلماء).

قال: فالعمى[1] لا شك أنه يذهب أكثر منافعه، وينقص أكثر قيمته، وقد يعتضد هذا[2] بقوله بعد هذا[3] [(في الكبير يهرم: إنه فوت لا خيار فيه إلا الرجوع بالعيب)][4]، خلاف ما له في كتاب محمد[5]، وإن كان بعض شيوخنا[6] فرق بينهما بأن هذا صار بهرمه جنساً آخر، كما قال في الصغير يكبر، فصار بكبره جنساً آخر[7] غير جنسه الأول، حتى يجوز سلم أحدهما في الآخر لو كانا[8] اثنين[9]، وهذا يلزم فيما انبطلت منفعته أيضاً من الدواب والرقيق والحيوان، وزوال المراد منه، وصار من حواشي جنسه، فانظره.

وما تأوله من تقدم مثل قول محمد بن مسلمة، إذا عمي، أو أقعد، أو هرم، أو كانت الدابة سمينة فعجفت، أو انقطع ذنبها حتى تصير في غير[10] حدها الذي تراد له؛ لم يكن له الرد، وأخذ[11] قيمة العيب[12].

---

(1) في (ح): (والعمى).

(2) في (ح): (لهذا).

(3) قوله: (بعد هذا) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 323، و(العلمية): 3/ 324، و(السعادة/ صادر): 10/ 312، و(تهذيب البراذعي): 3/ 283.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 283.

(6) في (ح): (شيوخي).

(7) قوله: (كما قال في الصغير يكبر فصار بكبره جنسا آخر) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (كان).

(9) في (م): (ابنين). انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 94.

(10) قوله: (غيره) ساقط من (ر2).

(11) قوله: (الرد وأخذ) يقابله في (م): (إلا أخذ).

(12) انظر: التبصرة، للخمي: 4353.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال القاضي تَعَلَّلَهُ: فأما ذكره[1] العمى في الكتاب[2] مع ما ذكر[3]، فلا شك أنه لم يقصده؛ إذ هو فوت محض، وقطع لمنفعة العبد، إلا ما لا بال له في بعضهم[4]، وإنما ذكره في[5] أول الباب في تسمية العيوب المفسدة، ثم لم يذكره في سائر ما ذكره من العيوب الحادثة التي يخير فيها، فتأمله[6] تجده صحيحا[7] كما ذكرت لك، وكثير من الإبانة لهذا[8]، فإنما تكلم أولاً فيما يعيبه مما يجب فيه التخيير، ومما[9] لا يجب، ثم[10] فصل الكلام فيما يجب فيه التخيير فلم يعد[11] ذكره، وكذا لم يقع ذكره في كتاب ابن حبيب فيها.

وأما القاضي أبو الفرج ففرق[12] في هذا بين ما كان من سبب المشتري فهو[13] الذي يرد عنده معه[14] ما نقص، وبين ما كان من الله تعالى فهذا لا يرد

---

(1) في (ر2) و(ح): (ذكر).

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 305، و(العلمية): 3/ 321، و(السعادة/ صادر): 10/ 300، و(تهذيب البراذعي): 3/ 273.

(3) في (م): (ذكر العور).

(4) في (م): (نقصهم).

(5) قوله: (في) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ر2): (تأمله).

(7) قوله: (صحيحا) ساقط من (ح).

(8) قوله: (من الإبانة لهذا) ساقط من (م).

(9) في (ح): (مما).

(10) في (ح): (قال).

(11) في (ر2): (بعدد).

(12) في (ح): (فرق).

(13) في (ح): (فهذا).

(14) قوله: (معه) ساقط من (ح)، وفي (م): (مع).

معه شيئاً، وهذا[1] خلاف أصل المذهب.

قال القاضي أبو الحسن بن القصار: ذلك سواء لا يرده إلا ما[2] نقص[3]، وهذا هو المعروف والذي عليه بناء المذهب.

وقوله في المسألة: [(إلا أن يقول البائع: أنا أقبله بالعيب وأرد[4] الثمن كله فله ذلك)][5].

كذا روى عيسى عن ابن القاسم[6]، وهو قول أشهب.

وروى يحيى في العشرة عن ابن القاسم: أنه لا خيار للبائع، والخيار للمبتاع، وقاله ابن نافع عن مالك[7]، وقال: هو قول مالك، والذي[8] قاله عيسى بن دينار من روايته[9].

قال القاضي الباجي: وهو الأظهر من قول المدنيين[10].

ورجح شيوخنا هذا القول إذا كانت فيه زيادة مع العيب في قيمة أو فراهة لحجة[11] المبتاع، وأما إن لم يكن فيه عندهم غير النقص فرجحوا القول الأول؛

---

(1) في (ر2) و(ح): (وهو).

(2) في (م): (وما).

(3) في (ر2): (نقصه)، وقوله: (إلا ما نقص) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (وأراد).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 306، و(العلمية): 3/ 13، و(السعادة/ صادر): 10/ 300.

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/ 306.

(7) قوله: (عن مالك) زيادة من (م).

(8) قوله: (الذي) ساقط من (ر2) و(ح).

(9) في (ح): (رأيه).

(10) انظر: المنتقى: 6/ 108.

(11) في (م): (لحاجة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

إذ لا حجة فيه[1] للمبتاع، وإلى هذا نحا اللخميّ[2].

وذهب ابن لبابة إلى أن تخيير البائع إنما يصح على قول من رآه في غير المدلس لا في المدلس[3]، وهو حسن جيد في الفقه.

[150/ أ] وقد نص ابن حبيب في المسألة كلها في تخيير البائع والمبتاع[4]، سواء كان مدلساً أو غير مدلس، وتخييره في الكتاب في المسألة بين التماسك في العيب[5] والرجوع بقيمة العيب هي[6] مخالفة للسلع المستحق جلها من يد المشتري.

قال: ليس له التماسك بما بقي؛ لمجهلة الثمن على مذهبه - هنا - وغيره يخالفه؛ لأن هذا المستحق عليه عنده وجب له الرد، وفض[7] الثمن على السلع الفائتة والباقية مما يجهل، ويقع فيه الغرر كثيراً[8]، وإنما هذا في مسألة العيب[9]، مثل [(مكتري الدار ينهدم منها شيء؛ فقد قال مالك[10]: له التمسك[11] بقدره[12] مما يصيبه من الكراء)][13]، وغيره يخالفه.

---

(1) قوله: (فيه) زيادة من (ر2).

(2) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4353، وما بعدها.

(3) قوله: (لا في المدلس) ساقط من (ح).

(4) انظر: الأحكام لابن حبيب: 25/ ب.

(5) قوله: (في العيب) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (مع).

(7) في (ر2): (وقبض).

(8) في (م): (الكثير).

(9) في (ح): (العبد).

(10) قوله: (مالك) ساقط من (م) و(ح).

(11) في (ر2) و(ح): (التماسك).

(12) في (م) و(ر2): (بعقده).

(13) انظر: المدونة (زايد): 8/ 218، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521، =

ومثل مسألة: [(الشاتين توجد إحداهما غير ذكية فله التمسك[1] بالذكية)][2]؛ لأن هذه عقود صحيحة، والتقدير في الباقي منها غير متعذر ولا بعيد؛ لأن بعض المبيع فات عنده، بخلاف الأولى[3] المستحق بعضها.

وقد قال بعضهم: إنما يصح تخييره بعد معرفته بقيمة العيب من الثمن، وترتفع[4] على هذا المعارضة في المسألة.

وقد قيل: بل هو على أحد قوليه في جمع السلعتين.

وقيل: بل هو على القول الآخر، وذكر ابن لبابة أنه على الاختلاف من رواية ابن القاسم عن مالك.

وقد اختلف قول مالك في هذا في كتاب الاستحقاق، وأجازه في كتاب النكاح الثاني، وفي كتاب القسمة، وكتاب الشفعة.

ومسألة[5]: [(من اشترى عبدين في صفقة واحدة فهلك أحدهما، وأصاب بالآخر عيباً)][6]، قال: له رده، ويأخذ من الثمن بحساب ما كان يصير لهذا العبد.

و(تهذيب البراذعي): 3/ 482.

(1) في (ح): (التماسك).

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 308، و(العلمية): 3/ 322 و323، و(السعادة/ صادر): 10/ 302، و(تهذيب البراذعي): 3/ 274.

(3) في (ر2): (الأول).

(4) في (ح): (ويرفع).

(5) في (ح): (وقوله).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 387، و(العلمية): 4/ 206، و(السعادة/ صادر): 14/ 390، و(تهذيب البراذعي): 4/ 274.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قالوا: مذهبه فيها سواء، كان الحاضر المعيب أعلى[1] العبدين أو أدونهما[2]، ولذلك لم يفصل الجواب؛ لأن الثمن هنا عين، وكذلك اختصرها أكثر المختصرين، وقال: بمائة دينار، وكذلك نص عليها في كتاب محمد مبينة[3]، وإنما يراعي ذلك مع قيامها[4] أو مع فوات[5] الأدنى إذا كان الثمن عرضاً؛ كما قال في مسألة: [(العبد بالثوبين)][6] بعد هذا؛ قالوا: وكذلك إذا كان الثمن عرضاً وقد فات؛ لأنه يرجع بالعين[7].

قال ابن لبابة: وكذلك إذا كان الثمن مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، تخرجه القسمة؛ لأن ما يوافق العيب منه معلوم الجزء، وما قاله ابن لبابة مما يخرجه الجزء، كذا هو منصوص في كتاب محمد، وقال: يحبس مبتاعها قدر حصته الفائتة، ويرد ما بقي، وذلك أنه متى كان الثمن عيناً فلا فائدة في اعتبار الفائت[8] هنا[9]؛ لأنه لو رد عنه إذا كان أدنى ما يقع له من الثمن مع رده[10] الحاضر المعيب، ورد البائع عليه الثمن لم يكن معنى في إخراج ذهب، ورد

---

(1) في (ح): (أعلا).

(2) في (ح): (دونهما).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 294.

(4) في (م) و(ح): (قيامهما).

(5) قوله: (أو مع فوات) يقابله في (م): (لو فات).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 310، و(العلمية): 3/ 324، و(السعادة/ صادر): 10/ 303، و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(7) في (م) و(ح): (كالعين).

(8) في (ر2): (الفائتة).

(9) في (م): (منهما).

(10) قوله: (رده) ساقط من (م).

ذهب، ثم المقاصة أيضاً لا فائدة فيها، وإنما يرد هذا المعيب، ويرد عليه البائع حصته من الثمن، كان أعلى أو أدنى.

وقد قيل: بل إذا رد هذا المعيب وهو الأعلى[1]، رد قيمة الهالك الأدنى ما بلغت، ورجع المبتاع بجميع الثمن؛ لأن صفقتهما[2] برد[3] العيب في الأكثر قد انحلت، وفات عند المشتري فلزمه قيمته.

وقد استبعد هذا بعضهم ولا وجه لاستبعاد[4] من استبعده[5]، ومثله في كتاب محمد، قال: ما بلغ.

قال اللخميّ: ما لم تكن القيمة أكثر فيمضي بالثمن[6]، وإنما فيه الأقل منهما.

قال القاضي رحمه الله: وفي قوله نظر.

وظاهر[7] كتاب محمد في قوله[8]: ما بلغ، بخلافه[9]، وكما راعوا حجة المشتري أنه لا تلزمه المغابنة[10] إذا كان الثمن أكثر، كذلك يجب أن تراعى حجة البائع إذا كان الثمن أقل، ويقول: قد انحل عقدي، وأنت ضامن لعبدي

---

(1) في (م): (الأدنى).

(2) في (ح): (صفقتها).

(3) في (ح): (يرد).

(4) في (ح): (الاستبعاد).

(5) قوله: (من استبعده) ساقط من (ح).

(6) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4355 وما بعدها.

(7) في (م): (وقوله في كتاب).

(8) قوله: (في قوله) ساقط من (م).

(9) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 668.

(10) في (م): (المعاينة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

فلي عليك قيمته، وكذلك يأتي الكلام في مسألة الثوبين بالعبد، أو الثوب إذا هلك الأعلى، ووجد العيب بالأدنى؛ فقال[1] في كتاب محمد: قيمته بما يقع له[2] من قيمة التالف، ولو هلك الأدنى ووجد العيب بالأعلى رده[3] وقيمة الهالك الأدنى ما بلغت، وكذلك لو هلك الثوب المنفرد أو العبد، وأصاب بأحد الثوبين عيباً، رد العبد[4] فقط ورجع بقيمته من قيمة المنفرد[5].

وقد قيل: بل يرد الأعلى القائم وقيمة الأدنى الفائت، ويأخذ قيمة عبده أو ثوبه، وهذا رأي الأندلسيين[6].

وقوله في آخر مسألة: [(مشتري العبد بثوبين فهلك أحدهما، وأصاب بالثاني عيباً، وإن كان العبد قد[7] فات بنماء أو[8] نقصان أو اختلاف أسواق، رد قيمته يوم قبضه، وإن كان الثوب الذي وجد به العيب ليس بوجه ما اشترى وهو أدنى الثوبين، نظر إلى الثوب الباقي كم هو من التالف، أثلث، أم ربع، فيغرمه[9] قابض العبد لصاحب الثوب بما[10] يصيبه [150/ ب] من قيمة العبد)][11].

---

(1) في (ح): (وقال).

(2) قوله: (له) ساقط من (ح).

(3) قوله: (بالأعلى رده) يقابله في (ر2): (الأدنى ردهما).

(4) في (ر2): (الثوب).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 423.

(6) في (ح): (الأندلوسين). انظر: البيان والتحصيل: 11/ 171.

(7) قوله: (قد) زيادة من (ر2).

(8) قوله: (أو) ساقط من (ر2)، وفي (ح): (و).

(9) في (ح): (فيغرم).

(10) في (ح): (ما).

(11) انظر: المدونة (زايد): 7/ 310، و(العلمية): 3/ 324، و(السعادة/ صادر): 10/ 303،

كذا ثبتت المسألة بهذا النص في كتاب القاضي التميمي، وسقط من كتاب ابن عتاب، ومن كتاب ابن المرابط، وكثير من النسخ منها من قوله: **ورد قيمته يوم قبضه**.. إلى قوله: **نظر إلى الثوب**، والصواب إثباتها عندهم، وقد نبه ابن أبي زمنين على ذلك واختصرها على الصواب، والكلام محتمل[1] بإسقاطها.

وقال ابن لبابة: وقعت المسألة في المدونة خطأ، وقد أصلحت، وأرى كأن[2] سقط منها شيء، وقد رأيتها مصلحة في بعض الكتب من غير رواية ابن وضاح على ما تقدم، وبذلك تصح المسألة.

قال القاضي رحمه الله: وانظر قوله في الثوبين: **إذا كان العبد هو المعيب**، واشتراطه في الباقي منهما إن لم يفت بنماء ولا[3] نقصان ولا اختلاف أسواق[4].

وكذلك قال في العبد إذا كان العيب في الثوبين، فجعل اختلاف الأسواق في عوض المبيع[5] مفيتاً له، بخلاف المعيب؛ لأن هذا العوض إذا كان قائماً إنما يرده الحكم، فأشبه البيع الفاسد، فيفيته ما يفيته[6]، وهو قوله في كتاب محمد.

ووقع في الواضحة في كتاب القسمة خلاف هذا، فانظره.

وظاهر قوله في الكتاب [(في فوات أحد الثوبين إذا كان بالآخر =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(1) في (م): (محيل).

(2) في (ح): (كي).

(3) قوله: (بنماء ولا) يقابله في (ر2): (به أولا).

(4) في (ح): (سوق).

(5) في (م) و(ح): (العيب).

(6) في (ح): (يعينه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عيب)][1] أنه لا تفسده[2] حوالة سوق، ولأنه مع المعيب كالشيء الواحد، وكبعضه[3]، ويدل عليه تفريقه في الجواب بينه وبين إذا كان عوضاً للمعيب، وتخصيصه حوالة السوق في العوض دون المعيب، وهو المنصوص لابن القاسم في العتبية[4]، وكذلك[5] في كتاب محمد[6].

قال في كتاب محمد: وكأنه وجد العيب بهما[7].

وقال أيضا: كأنه[8] وجد العيب فيهما[9].

ولا يفيته إلا[10] تغير البدن، ولا[11] العيب المفسد على الأصل فيما يفيت الرد بالعيب.

وظاهر ما له في كتاب ابن حبيب: أنه يفيته حوالة السوق، ولا خلاف أن حوالة السوق لا يفيت الرد بالعيب، لكن وقع في المبسوطة لابن كنانة في مشتري الشاة الحامل فتضع عنده فأكل ولدها ولبنها، ثم[12] ظهر على عيب

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 310، و(العلمية): 3/ 324، و(السعادة/ صادر): 10/ 303، و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(2) في (م): (يفتيه).

(3) في (م): (كنقصه).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 170، والنوادر والزيادات: 12/ 249.

(5) في (ح): (كذا).

(6) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 669.

(7) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 596.

(8) في (م)و(ح): (وكأنه).

(9) في (ر2): (فيها).

(10) قوله: (إلا) ساقط من (ح)، وفي (م): (إلا).

(11) قوله: (ولا) ساقط من (م).

(12) في (ح): (و).

ردها، وما نقص من ثمنها يوم ابتاعها، وإن أحب أمسكها، وأخذ قيمة العيب[1]، فانظر هذا، فكأنه جعل الولد غلة[2]، وراعى نقص الثمن لأجل الولد.

وانظر قوله في الثوبين إذا كانا[3] عوض العبد المعيب: أن حوالة الأسواق فيهما أو في[4] أحدهما فوت له.

قال بعض مشائخ الأندلسيين[5]: قوله في أدناهما: **إذا تلف يرد الأعلى**، بخلاف[6] هذا، ولا شك أن ذهاب أقلهما فيهما أشد، وأكثر من اختلاف أسواقهما.

وقوله[7] في: [(التقويم للمعيبة يوم وقعت الصفقة بخلاف البيع الفاسد الذي راعى فيه يوم القبض)][8].

قال: [(لأن في[9] الفساد لا يضمن إلا بعد القبض؛ لأن له ألا[10] يقبض، وفي الصحيح القبض له لازم، فمصيبتها[11] منه)][12]؛ فظاهره أنه إنما يعتبر

---

(1) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 124.

(2) في (ر2): (علة).

(3) في (ح): (كان).

(4) في (ح): (وفي).

(5) في (ح): (الأندلوسيين).

(6) في (ر2): (يخالف).

(7) في (ح): (قوله).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 311، و(العلمية): 3/ 325، و(السعادة/ صادر): 10/ 304، و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(9) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(10) في (ر2): (لا).

(11) في (ر2): (ومصيبتها).

(12) انظر: المدونة (زايد): 7/ 311، و(العلمية): 3/ 325، و(السعادة/ صادر): 10/ 304، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الضمان، فحيث يضمن يلزمه ذلك، فحينئذ يتجه تقويمها، فعلى هذا أن[1] سلعة الخيار والمواضعة إنما تقوم يوم تصير في ضمان المشتري بخروجها من أمد الخيار، وبقبول من له الخيار أو خروج الجارية[2] من المواضعة.

وقد نبه في الكتاب في آخر المسألة على هذا بقوله: [(إذا كانت الجارية مما لا يتواضع مثلها، وبيعت على القبض)][3]، وهذا متصل بكلام ابن القاسم في كتاب ابن عتاب وغيره، وهو لسحنون في كتاب ابن عيسى، وضرب على اسم سحنون في كتاب ابن المرابط، وقد نبهنا على شيء من هذا الأصل في كتاب الخيار.

والخلاف في المحبوسة[4] في الثمن[5] وغيرها على هذين الأصلين، وكذلك الخلاف في ابتداء العهدة في الغائب الذي فيه عهدة، هل هو من يوم البيع، وهو قول أَشْهَب، أو من يوم القبض، وهو قول محمد[6] بن عبد الحكم.

قال محمد: وإنما يختلف في السلعة المحبوسة بالثمن[7] من[8] ضمانها إذا كان البائع لم ينقد، فأما إذا نقد فهي من المشتري، وكذلك إذا لم تحبس بالثمن، ودعاه البائع إلى قبضها فهي من المشتري.

و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(1) في (م) و(ر2): (أي).

(2) في (ر2) و(ح): (الأخرى).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 313، و(العلمية): 3/ 324، و(السعادة/ صادر): 10/ 304، و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(4) في (ر2): (المحتبسة)، وفي (ح): (لمحبسة).

(5) في (ح): (بالثمن).

(6) قوله: (محمد) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (بالثمن) ساقط من (ح)، وفي (ر2): (بالثمن).

(8) في (م) و(ر2): (من).

وقوله[1] بعد ذكره هذه المسألة، وذكر قبلها مسألة البيع الفاسد.

ثم قال: [(وقال غيره: لا أرى عتق المشتري فيها جائزاً؛ لأنه لم يقبضها[2] والبيع لم يتم)][3].

كذا ذكره[4] في بعض النسخ، ولم يكن هذا في كتاب ابن عتاب، وهو صحيح في كتاب ابن عيسى بعد[5] الكلام في عتق البائع المعيب أنه لا يجوز، أعتق المشتري أو لم يعتق.

وكتب عليه: صحت لأحمد، وليست عند يحيى وابراهيم وهي عائدة على مسألة البيع الفاسد، وهو قول سحنون وتعليله بما علل، وأنه لا تعلق للمشتري لا يجوز عتق البائع والبيع بيد البائع، والبيع فاسد؛ لأنه على ملك البائع بعد ولم يضبطه للمشتري فيجوزه ويضمنه[6].

وقال[7] أَشْهَب: لا يجوز عتق البائع إذا كان العبد[8] في يد البائع[9] ولا يعتق عليه[10]، وإن[11] رجعت إليه؛ لأنه أعتق ما في ضمان غيره.

---

(1) في (ح): (قوله).

(2) قوله: (لأنه لم يقبضها) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 313، و(العلمية): 3/ 326، و(السعادة/ صادر): 10/ 305، و(تهذيب البراذعي): 3/ 277.

(4) قوله: (ذكره) زيادة من (ر2).

(5) في (ح): (هذا).

(6) قوله: (وكتب عليه صحت لأحمد... ويضمنه) زيادة من (ح).

(7) في (ح): (قال).

(8) قوله: (العبد) ساقط من (م) و(ح).

(9) في (م) و(ح): (المبتاع).

(10) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 795.

(11) في (م): (إذا).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال: فإن كانت في يد غيرهما فمن سبق مضى عتقه، فرأى أن الإفاتة بالعتق لمن هو في يده[1] وحوزه؛ لأنه أملك به لا لمن خرج من حوزه.

وابن القاسم رأى أن عتق البائع فيها حيث كانت صحيح؛ لأنها على ملكه بعد، ولم تفت بيد غيره فيضمنها فتخرج[2] من ملكه، وإن عتق المشتري أيضاً لها، حيث كانت كالقبض لها لشبهة عقده وحرمة الحرية.

وقوله بعد هذا: [(في مشتري السلعة الغائبة بجارية بشرط النقد[3] لو باعها نفد البيع وكان عليه قيمتها يوم قبضها، وجاز البيع لمن باعها إذا كان الأول قبضها)][4].

ظاهر هذا أنه إنما يجوز البيع إذا كان قبضها، ولو كان بيعه لها قبل القبض لم يجز بيعها، وإلى هذا ذهب فضل وابن الكاتب وغيرهما من المشايخ، وأنه تأويل ما في الكتاب.

قال فضل: وأما لو كانت موقوفة لم تقبض حتى ينظر أمر الغائب[5] لم يتم للمشتري فيها بيع.

واحتج ابن الكاتب بأنه باع ما ضمانه من غيره.

وذهب ابن محرز في آخرين إلى جواز البيع[6]، وإفاتة[7] البيع الفاسد

---

(1) في (ر2): (يديه).

(2) قوله: (وابن القاسم رأى أن عتق البائع... فيضمنها فتخرج) ساقط من (ر2).

(3) في (م): (نفذ).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 358، و(العلمية): 3/ 335، و(السعادة/ صادر): 10/ 316.

(5) في (ح): (الغائبة).

(6) قوله: (جواز البيع) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (فوات).

بالبيع[1] الصحيح، وتأولوا أن قوله في الكتاب: **إذا قبضها** عائد إلى التقويم، أي: إنما تقوم يوم قبضها، إذا كان قبضها، وإن لم يقبضها فيوم عقد البيع.

واحتج هؤلاء بقوله في الكتاب: **أن الصدقة تفيتها**، كالعتق والتدبير[2]، وقد[3] قال فضل: إن[4] الصدقة كالبيع على مذهَبِه وتأويله أولاً، وقد احتجت[5] كل فرقة منها[6] باختلاف قوله في كتاب محمد فيمن باع ثمرة قبل بدو صلاحها، ثم باعها بعد بدو صلاحها؛ فقال مرة: عليه مكيلتها، وهذا على القول أنه غير مفيت.

وقال مرة: عليه قيمتها[7]، وهذا على القول أنه مفيت.

وقد يقال: إن اختلاف قوله هنا لاختلاف[8] الحال؛ فإذا عرف الكيل لزمه مثله، وإذا[9] جهل فالقيمة على أصله المعلوم، ولا يكون البيع على الوجهين فوتاً.

قال ابن محرز وغيره[10]: ولم يختلفوا إذا لم يقبض المبيع ولا أمكنه[11] منه البائع أنه في ضمان بائعه.

---

(1) في (ح): (والبيع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 329، و(العلمية): 3/ 336، و(السعادة/ صادر): 10/ 316.

(3) قوله: (قد) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (أن).

(5) في (ح): (احتج).

(6) في (م) و(ر2): (منهما).

(7) انظر: التبصرة، للخمي: 4233.

(8) قوله: (قوله هنا لاختلاف) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (فإذا).

(10) قوله: (وغيره) ساقط من (ح).

(11) في (ح): (ولا يمكنه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

واختلفوا إذا أمكنه منه ولم يقبضه، وانتقد ثمنه؛ فعند ابن القاسم: لا يضمنه أبداً، إلا بالقبض.

وقال أَشْهَب: ضمانه من مشتريه، وإن لم يقبضه، إذا أمكنه من قبضه أو كان قد نقد ثمنه[1].

قالوا: وكذلك اختلفوا إذا كانت في يد أمين البائع فأقرها المشتري، وكذلك لو كانت بيد المشتري قبل البيع، ثم اشتراها فتلفت؛ قالوا: إلا لو أحدث[2] فيها المشتري حدثاً فيضمن قيمتها يوم أحدث ذلك[3]، بخلاف ما يحدث فيها من غير سببه.

وقد حكي عن أبي محمد في المسألة: لو وهب البائع تلك السلعة لرجل بعد قبض المشتري لها فلم يقبضها الموهوب حتى حالت في يد المبتاع؛ أنه ليس للموهوب فيها ولا في قيمتها شيء، ثم رجع عنه.

وقال بعض فقهاء صقلية: هي للموهوب له؛ لأنها خرجت بالهبة من ملك المشتري فلا ترجع إليه بالفوات.

وقد اختلف في كتاب ابن حبيب في بيع الموهوب له[4] لما يقبضه، هل هو حوز، وإن كان بيد واهبه، أم لا؟[5]

وقد قال في الباب الثالث بعد هذا: إذا باع نصف السلعة المشتراة بيعاً

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 377-381.

(2) قوله: (لو أحدث) يقابله في (م): (إن يحدث).

(3) قوله: (أحد ذلك) يقابله في (ح): (الفوات).

(4) قوله: (له) ساقط من (ح).

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/ 322.

فاسداً إنه فوت[1].

ووقع في بعض نسخ المدونة آخر هذا الباب، بعد ذكر هذه المسألة والآثار بعدها.

روى[2] علي ابن زياد عن مالك [(فيمن[3] ابتاع جارية على ألا يبيع ولا يهب فباعها المشتري؛ أنه ينقض البيع وترد إلى صاحبها، إلا أن يرضى أن يسلمها إليه ولا شرط فيها، فإن كانت فاتت ولم[4] توجد أعطى البائع فضل ما وضع له من الشرط.

وقد قيل: إن فاتت ببيع أو تدبير أو كتابة أو اتخاذها[5] أم ولد أن عليه قيمتها، ويترادان الثمن)][6]، وهو ثابت في الأصول القديمة الصحيحة، وثابت في كتاب أبي عبد الله بن الشيخ وجماعة من الرواة، ولم يكن في كتاب ابن عيسى، وأثبتها في كتاب ابن المرابط الدباغُ.

قال: وكانا موقوفين في كتاب يحيى، وكانت مخرجة في كتاب ابن عياش.

قال فضل: ولم يقرأها لنا يحيى، وقرأها لنا[7] عبد الجبار، ورواية علي ثابتة[8] في كتابه، وفي موطأ ابن وهب[9]، والقول الآخر لأَشْهَب

---

(1) قوله: (إنه فوت) ساقط من (م).

(2) قوله: (روى) زيادة من (م).

(3) في (ح): (فيما).

(4) في (ح): (فلم).

(5) في (ر2) و(ح): (اتخاذ).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 334، و(العلمية): 3/ 339، و(السعادة/ صادر): 10/ 319.

(7) قوله: (يحيى وقرأها لنا) ساقط من (م).

(8) قوله: (ورواية علي ثابتة) يقابله في (م): (وروايته على ما نبه).

(9) انظر: الاستذكار، لابن عبد البر: 6/ 295.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

في كتابه[1].

وقوله في: [(السلعة المعيبة[2]: هي من المشتري حتى يردها بقضاء من سلطان أو يبرئه منها البائع)].

ظاهره: أن قضاء السلطان بردها[3] يخرجها[4] من ضمان المبتاع، ويصيرها في ضمان[5] البائع، وكذلك[6] لمالك في كتاب محمد.

وله فيه أيضا: لا يخرجها من ضمانه وإن قضى به السلطان حتى يقبضها البائع.

وقيل: إذا شهد المبتاع أنه غير راض بالعيب فقد برئ من ضمانها إلا أن يطول [151/ ب] الأمر حتى يرى أنه راض، وهو قول أصبغ.

وقيل: يخرجها من ضمانه إثباته العيب عند السلطان[7].

وقوله فيها[8]: [(إذا ولدت عند المشتري إن كانت الولادة قد نقصتها، وقد مات الولد له[9] أن يردها وما نقصتها الولادة)][10].

---

(1) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 486.

(2) في (ح): (المعينة).

(3) في (ح): (يردها).

(4) في (ح): (نخرجها).

(5) قوله: (المبتاع، ويصيرها في ضمان) ساقط من (م).

(6) في (م): (وكذا).

(7) انظر: المقدمات والممهدات، لابن رشد: 1/ 406.

(8) في (م) و(ح): (فيما).

(9) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(10) انظر: المدونة: (زايد): 7/ 317، و(العلمية): 3/ 328، و(السعادة/ صادر): 10/ 308، و(تهذيب البراذعي): 3/ 280.

قال فضل: أراه جعل ولادة[1] الجواري مثل عجف الدواب، وانظر المسألة في[2] المبسوط، وبيان هذا النقص ما هو، فإنه قال: وقوله: **إذا ماتت أو قتلت وبقي الولد ثم علم بالعيب؛ تقوم هي نفسها**، يريد بغير ولد، وهكذا اختصرها الجميع.

قال فضل: وهو قول أَشْهَب أيضا[3].

وحكى محمد بن عبد الحكم عن ابن القاسم أنها تقوم بولدها.

قال: ورواه عنه أصحابنا.

وقول غيره - وهو قول[4] أشهب -: إلا أن يكون ما وصل إليه من قيمة الأم إذا قتلت مثل الثمن الذي يرجع به على البائع؛ فلا حجة له... إلى آخر الكلام.

قيل: هو وفاق لابن القاسم ولا يخالفه في الفصلين.

وقيل: بل يخالفه[5] في الفصلين، وليس للبائع هنا كلام ولا خيار.

وقتلها وموتها، يوجب له قيمة العيب، ويقطع الخيار، وقد وقع بعد هذا في الباب الآخر: [(يرد قيمة العيب، ولا يكون للمشتري أن يرد الولد[6] وقيمة الأم إلا أن يقول البائع: أنا آخذ الأولاد وأرد[7] الثمن)][8].

---

(1) قوله: (ولادة) زيادة من (م).

(2) قوله: (المسألة في) ساقط من (ح).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 284.

(4) قوله: (قول) زيادة من (م).

(5) في (ح): (خلافه).

(6) في (ر2) و(ح): (الأولاد).

(7) في (ر2): (وأراد).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 335، و(العلمية): 3/ 340، و(السعادة/ صادر): 10/ 340، و(تهذيب البراذعي): 3/ 280.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كذا عند ابن عتاب، وظاهره أنه[1] من قول ابن القاسم.

وعند[2] يحيى في كتاب ابن المرابط: قال أَشْهَب: إلا أن للبائع.

وفي أصل ابن عيسى، قال سحنون: إلا أن للبائع، وقد تكرر اسم سحنون بعدُ أثناء المسألة.

قال فضل: على المسألة هذا قول أَشْهَب، وأما ابن القاسم فلا يرى للبائع أخذ الولد ورد الثمن، وهذا يبطل.

وفي بعض حواشي النسخ؛ قال سحنون: هذا قول أشهب، وقال غيره: قوله هنا مثل قول ابن القاسم في الباب الأول.

ومسألة: [(إذا اشترى جارية على أنها بربرية فأصابها خراسانية له الرد)][3]، وكذلك[4] في غير الكتاب في اشتراطها خراسانية فأصابها بربرية[5]، بخلاف إذا اشترط غير[6] هذين الصنفين فوجدها من أحد هذين الصنفين، فلا رد له؛ لأن هذين الصنفين أفضل الأصناف، فقد وجد أفضل مما اشترط.

وإذا اشترط أحد هذين الصنفين[7] فخرج له[8] غيره كان له شرطه.

وإن كان الشرط والخلاف فيهما معاً، كان له شرطه أيضاً؛ لإشكال ما

---

(1) قوله: (أنه) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (عند).

(3) انظر: المدونة (العلمية): 3/ 329، و(السعادة/ صادر): 10/ 309، و(تهذيب البراذعي): 3/ 280.

(4) في (ح): (وكذا).

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4388.

(6) في (ح): (أحد).

(7) قوله: (فوجدها من أحد هذين الصنفين... أحد هذين الصنفين) ساقط من (ح).

(8) قوله: (له) زيادة من (م).

بينهما، واختلاف الأغراض فيهما، وتقاربهما في الجودة.

وقوله في: [(الذي اشترى جارية وأراد أن يتخذها أم ولد)][1] ليس المراد أنه شرط هذا الشرط، ولو شرطه فسد العقد[2] لكن معناه نواه[3] فوجدها من العرب فأراد ردها، وقال: [(إن ولدت مني وعتقت يوماً ما[4] جر العرب ولاءها، ولا يكون[5] ولاؤها لولدي؛ قال: لا أرى هذا عيباً ولا أرى له ردها)][6].

اختلف في تأويل قوله هذا، هل هو تقرير وتصحيح لقول المشتري أن العرب يجرون ولاءها؟

أو هو تكذيب له، وأن الولاء على كل حال للمعتق في العرب والعجم؟ وظاهره: أن مالكا يرى ما قاله هذا صحيح[7] من[8] أن ولاءها للعرب، وهو تأويل سحنون، ويحيى بن عمر وغيرهما؛ إذ لم ينكر قوله، وإنما قال له بعد تسليم علته: لا أرى هذا عيباً، ولو أن مالكا لم ير أن علته صحيحة، وأن ولاءها لمعتقها لا للعرب لما قال: **لا أردها[9] ولا أرى هذا عيباً**، وإنما كان يقول: لا أرى لك

---

(1) انظر: المدونة و(العلمية): 3/ 329، و(السعادة/ صادر): 10/ 309، و(تهذيب البراذعي): 3/ 281.

(2) في (م): (البيع).

(3) قوله: (نواه) ساقط من (ح).

(4) قوله: (ما) ساقط من (م).

(5) قوله: (ولاءها ولا يكون) ساقط من (ح).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 319، و(العلمية): 3/ 329، و(السعادة/ صادر): 10/ 309، و(تهذيب البراذعي): 3/ 281.

(7) في (ح): (الصحيح).

(8) قوله: (من) ساقط من (ح).

(9) قوله: (لا أردها) يقابله في (ح): (لا أرى ردها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ردها ولا حجة لما اعتللت به؛ إذ[1] ولاؤها[2] لأولاده، وعصبته.

وحكى سحنون أن أصحاب مالك مجمعون[3] أن الولاء إنما هو فيمن أعتق من العجم، فأما رقيق العرب فلا ولاء فيهم لمعتقهم، إلا أَشْهَب فقال: ولاؤها لعصبة معتقها ولا يرثها قومها[4]؛ لأنه إنما ينظر في أمر متوقع[5] عقباه لغيره، ويتخيل زوال منفعته لسواه، ولما قد يكون[6] أو لا يكون؛ إذ قد تموت الجارية الآن فلا يبقى لها ولاء يرغب فيه، أو يموت ولدها وينقطع نسله، أو لا يولد له ولد.

وقيل: بل إنه[7] اشتري على الإطلاق دون شرط، بل تخيل أنها من العرب وطنه فلم يكن له قيام[8]؛ إذ وجد خلاف ما نواه واعتقده، كما لو لم يشترط جنساً فوجدها على جنس خلاف ما كان اعتقد أنها[9] منه[10] فلا كلام له، قاله في الواضحة والعتبية[11].

وتأول ابن حبيب قول مالك هذا على مذهَبِ أشهب، وقال: ولاؤها

---

(1) قوله: (وأن ولاءها لمعتقها... لما اعتللت، إذ) ساقط من (م).

(2) قوله: (ولاؤها) يقابله في (م): (أن ولاءها).

(3) في (ح): (مجموعون).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/ 92 و 93.

(5) في (ح): (قد وقع).

(6) قوله: (قد يكون) يقابله في (ر2): (كان).

(7) قوله: (إنه) ساقط من (م).

(8) قوله: (قيام) ساقط من (ح).

(9) قوله: (أنه) ساقط من (ر2).

(10) في (ح): (سنة).

(11) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 15/ 92.

ثابت لمعتقها، ونحوه تأويل المغامي.

وقال: معنى قوله: جر العرب ولاءها[1]؛ أي: أن نسبها يستفيض[2]، ويقال: فلانة بنت فلان حتى ينسى ولاؤها[3].

قال: [(وإنما ينتقل ولاء ولد الحرة إلى موالي أبيهم، وأما من مسه الرق فإن ولاءه لا ينتقل)][4].

والقول الأول أظهر بمراد مالك، وعلى اختلافهم في هذا الأصل وقع اختلافهم في تأويل قول مالك المتقدم.

واختلف الشيوخ من القرويين وغيرهم في ترجيح أحد القولين على الآخر.

وقال ابن أبي زمنين: قد قال في كتاب الجهاد في العرب إذا سبوا أنهم بمنزلة الأعاجم مجملاً، بلا تخصيص.

وقد قال يحيى بن عمر في قرشي تزوج أمة رجل من العجم فأولدها وأعتق الرجل ولدها؛ قال: يرجعون [152/ أ] إلى أنساب قريش، كأنهم[5] لم يمسهم رق قط.

قال[6] وكذلك جميع العرب؛ لأن أنسابها معروفة تتوارث، واحتج بهذه

---

(1) قوله: (ولاءها) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (يستفاض).

(3) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 721، والنكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 70.

(4) انظر: المدونة (السعادة/ صادر): 8/ 363.

(5) في (ح): (كأنه).

(6) قوله: (قال) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

المسألة، وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن ولاء العربي المعتق لمعتقه دون نسبه، وقد ذكرنا الخلاف فيه، وهذا كله في حكم التعصيب، ولا خلاف أن النسب الداني مقدم على الولاء بكل حال في العرب والعجم.

وما ذكر عن الفقهاء السبعة من قولهم فيمن دلس فيه[1] بعيب فظهر وقد فات بموت أو عتق أو بحمل[2] من المشتري؛ فإنه يوضع عنه ما بين قيمته بذلك العيب، وبين قيمته سالماً[3].

فإن مات العبد من العاهة التي دلس بها فهو من البائع[4].

ظاهر قول الفقهاء السبعة عند شيوخنا أنه يرجع بالثمن كله إذا مات، ونحوه في العتبية[5]، وحكي مثله عن ابن دحون.

وذكر اللخميّ أنه مختلف في هذا الأصل[6]، هل يرجع عليه بجميع الثمن أو بقيمة العيب؟[7].

وأما قولهم: إذا أولدها ثم ماتت فصحيح أنه يرجع بجميع الثمن؛ لأن المشتري لم يخرجها عن ملكه.

قال القاضي رحمه الله: فحملوا قولهم: فإن فاتت بعيب التدليس بعد فواتها عند

---

(1) قوله: (فيه) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (حمل).

(3) في (ح): (سالمة).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 322، و(العلمية): 3/ 331، و(السعادة/ صادر): 10/ 311.

(5) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 357.

(6) قوله: (الأصل) زيادة من (م).

(7) انظر: التبصرة للخمي، ص: 3780.

المشتري بما ذكره؛ لذكره - أولاً - الموت، فدل أن الفوات بعد بغير[1] الموت.

ويحتمل عندي[2] أنه تكلم أولاً على الموت بغير سبب عيب التدليس، ثم ذكر أخيراً[3] الموت بسبب عيب التدليس وهي قائمة دون التعرض لما فاتت به.

وقوله: [(إن حم يوما أو أصابه رمد)][4] يبين لك أن قول أَشْهَب وابن عبد الحكم وسحنون في الحمى أنها عيب غير معفو عنه[5] ليس بخلاف، وإن مذهب الكتاب إنما هو في الذي حم يوما ثم أقلع عنه لا فيمن دامت به، فإن ذلك مرض يغير المبيع ويحط كثيرا من ثمنه، ويزيده بيانا قوله: [(وكل عيب ليس بمخوف، وكذلك لو كان أول[6] ما أصابه لوجب التوقف[7] حتى يرى ما لها[8] من إقلاع أو هلاك)][9].

وقوله بعد: [(في الذي حم في العهدة إذا ذهب العيب)][10]؛ يفسر أن له الرد إذا لم يذهب.

وحكى ابن سهل عن ابن لبابة أنه لا يرده في جميع هذا، إلا بما ينقصه.

---

(1) في (ح): (تغيير).

(2) في (ح): (عند).

(3) في (ح): (آخرا).

(4) انظر: المدونة: (زايد): 7/ 306، و(العلمية): 3/ 321، و(السعادة/ صادر): 10/ 301.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 279.

(6) قوله: (أول) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (التوقيف).

(8) قوله: (ما لها) يقابله في (م): (ما آل الله).

(9) انظر: المدونة (زايد): 7/ 306، و(العلمية): 3/ 321، و(السعادة/ صادر): 10/ 301.

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 351، و(العلمية): 3/ 350، و(السعادة/ صادر): 10/ 331.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وانظر مسألة أم[1] الولد وابنها[2]، ومراعاة[3] ابن القاسم لهما في جبر[4] النقص فهو يعضد - هنا[5]- هذا[6] النظر، وتأمل قوله في تقويم السلعة إذا ظهر فيها[7] عيب، وحدث عنده عيب.

وقوله أولاً: [(إذا أراد التمسك أنه ينظر إلى قيمتها سالمة وقيمتها معيبة، وينظر مقدار النقص بينهما فيرد[8] مقداره من الثمن)][9]؛ فهذان تقويمان[10]، ولا خلاف في هذا.

ثم قال: [(فإن أراد الرد نظر إلى قيمتها يوم اشتراها وبها العيب الذي اشتراها به، ثم ينظر إلى ما أصابها عند[11] المشتري كم كان قيمتها يوم قبضها لو كان بها.

ثم قال آخر الكلام: فيرد ربع الثمن، بعد[12] طرحنا ما يصيب العيب الذي دلسه البائع من الثمن)][13]؛ فهذا يبين أنها تقوم ثلاث مرات في هذا

---

(1) قوله: (أم) ساقط من (م) و(ح).

(2) في (م): (النما).

(3) في (ح): (مراعات).

(4) في (ح): (خير).

(5) قوله: (هنا) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (وهذا).

(7) في (ح): (بها).

(8) في (ح): (فرد).

(9) انظر: المدونة (زايد): 7/ 323، و(العلمية): 3/ 332، و(السعادة/ صادر): 10/ 312.

(10) في (م): (يقومان).

(11) في (ح): (بيد).

(12) في (ح): (بعدما).

(13) انظر: المدونة (زايد): 7/ 323، و(العلمية): 3/ 332، و(السعادة/ صادر): 10/ 312.

الوجه وهو الذي نص عليه في كتاب محمد[1]، وقاله فضل وغير واحد وهو الصواب، خلاف ما ذهب إليه أبو سعيد[2] ابن أخي هشام من أنه لا يحتاج فيها إلا إلى قيمتين، قيمتها[3] أولاً بالعيب القديم، وأخرى بالعيب الحادث عند المشتري، وفيه ظلم على المشتري على ما فسره الشيوخ في كتبهم فلا نعيد[4] الكلام فيه، وإنما أشرنا إلى أن[5] ما في الكتاب يخالفه[6]، ويشهد لقول الجمهور، حتى إنه في النقص مثل ما في غير الكتاب.

وأما قول أحمد بن المعذل في هذه المسألة من أنه لا يلتفت إلى القيم[7]، وإنما يلتفت إلى قيمة العيب الحادث عنده، وما نقص بالغاً ما بلغ فبعيد جدا، خارج عن أصولهم.

وقد اختلف شيوخنا المتأخرون أيضاً في فرع من هذا الأصل وهو فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل، ثم اطلع على عيب، وقد حدث عنده عيب فأراد ردها، ولم يحل أجل الثمن.

فذهب عبد الرحيم بن أحمد المعروف بابن العجوز[8] - من فقهاء بلدنا - أنه

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 283.

(2) قوله: (أبو سعيد) ساقط من (ر2).

(3) في (ح): (قيمته).

(4) في (ح): (يعيد).

(5) قوله: (أن) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (خالفه).

(7) في (ح): (القيام).

(8) لم نقف على ترجمته، ولكن ما وقفنا عليه في فهرست شيوخ القاضي عياض (الغنية) هو: عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم بن أحمد الكتامي يعرف بابن العجوز: الفقيه القاضي أبو القاسم، من بيت علمٍ وجلالةٍ، فقيهٌ ابن فقيه ابن فقيه، خامس خمسة، وعبد

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يرد قيمة ما حدث عنده نقداً، وخالفه في ذلك بعض فقهاء سجلماسة الطارين عليها[1]، وقال: بل يبقى عليه إلى أجل الثمن، كأنه تمسك ببعض السلعة، ثم ذكر عبد الرحيم أنه وجد المسألة بعد مسطورة بمثل هذا.

قال القاضي رحمه الله: وهذا هو الصحيح الذي يوجبه النظر.

وقوله: [(قيمتها يوم قبضها)][2] معناه - هنا - يوم باعها؛ لأن البيع هنا صحيح، وقوماها يوم البيع، وإن كان العيب إنما حدث بعده بيد المشتري؛ لأن المشتري هو الذي يغرم قيمته، ويرد السلعة لبائعها، فهو كأنه حبس بعض ما اشتراه، وهو العيب [152/ ب] الذي حدث عنده من فقء عين أو غيره.

فإنما ينظر إلى قيمته يوم ضمنه[3] وهو يوم ابتاعه[4]، وقد بيّن هذا في الكتاب، وقال: [(كمثل رجل ابتاع عبدين في صفقة فهلك أحدهما وأصاب عيباً بالآخر[5])][6].

الرحمن أكبرهم في العلم والجلالة والأمانة، هو المنتقل إلى سبتة من أصيلا وأصلهم من بلدهم كتامة، قرأ أبو القاسم هذا على أبيه ومروان بن سمجون وسمع حجاجاً المأموني وغيرهم، وصحب أبا الفضل ابن النحوي كثيراً بفاس وكان يميل إلى النظر والحجة، ودرس الفقه ببلدنا، وولي قضاء الجزيرة الخضراء ثم قضاء سلا ثم خلافة القضاء بالحضرة وتوفي مصروفاً عن ذلك، وكانت وفاته سنة 515هـ. انظر: الغنية، ص: 168.

(1) قوله: (فقهاء سجلماسة الطارين عليها) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 221، و(العلمية): 3/ 325، و(السعادة/ صادر): 10/ 304.

(3) في (ح): (ضمنها).

(4) في (ح): (ابتاعها).

(5) قوله: (عيبا بالآخر) يقابله في (ح): (الآخر عيبا).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 323، و(العلمية): 3/ 332، و(السعادة/ صادر): 10/ 312.

وقوله: [(فإن كان الثلث أو النصف أو الربع رد[1] ورجع فأخذ جميع الثمن)][2] يبين أن النصف هنا - على أصله - ليس بكثير يفيت البقية.

وقوله: [(إن كانت مما يتواضع مثلها أنها من البائع حتى تخرج من الحيضة)][3] أي: من حكم الحيضة والاستبراء لا[4] من دم الحيضة؛ لأنها بأول ما ترى الدم، وتحقق[5] الحيضة ترجع في ضمان المشتري، ويحل له الاستمتاع بها[6]؛ لأنها تنتظر تمام الحيضة والطهر، هذا ما لا خلاف فيه، وتمامه في كتاب الاستبراء[7].

والإباق - بكسر الهمزة -: الاسم.

وقوله: [(وتنصب[8])][9] فسره في الكتاب بالطبخ والعمل، وأصله من التعب.

وقوله: [(تستحق)][10] أي: تتصف بالمعرفة، وتستوجب ذلك، ومنه الحقة من الإبل، التي استوجبت أن يحمل عليها، وينزا[11] عليها الفحل.

---

(1) قوله: (رده) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 324، و(العلمية): 3/ 332، و(السعادة/ صادر): 10/ 312.

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 345، و(العلمية): 3/ 346، و(السعادة/ صادر): 10/ 327.

(4) قوله: (لا) ساقط من (ح).

(5) في (م) و(ر2): (أو تحقق).

(6) في (ح): (منها).

(7) في (ح): (كتاب من).

(8) في (ح): (تنصب).

(9) انظر: المدونة (زايد): 7/ 323، و(العلمية): 3/ 333، و(السعادة/ صادر): 10/ 312.

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 323، و(العلمية): 3/ 333، و(السعادة/ صادر): 10/ 312.

(11) في (ح): (ونيزي).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقول ربيعة: [(كل شرط احتجر به على رجل)][1].

كذا لابن عتاب وابن المرابط – بالراء – أي: منع به من كل[2] شيء.

وفي كتابي – عن ابن عيسى أيضاً[3]-: احتجن – بالنون – أي: احتبس دونه، ومنع منه، وكلاهما متقارب المعنى.

والرَّسْحَاء – بالسين والحاء المهملتين – التي لا إلية لها وهي الزَّلاَّء أيضا[4].

والزَّعْرَاء: التي لا شعر لها هناك، وكذلك التي لا شعر لحاجبيها أو غيرهما من جسدها، وقد فسره في الكتاب، واختلف في تعليله بما هو معلوم.

والصهباء الشعر: التي شعرها يميل[5] للحمرة.

وقوله: إن[6] كانت من العيوب التي لا تخفى؛ كذا رواية ابن عيسى.

وفي كتاب ابن عتاب، تغبى، ومعناه: تجهل، ومنه[7] الرجل الغبي.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 333، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 319.

(2) قوله: (كل) زيادة من (ح).

(3) قوله: (أيضا) ساقط من (ح).

(4) قوله: (وهي الزلاء أيضا) ساقط من (ح).

ويتضح مما ذكره عياض أن الرَّسْحَاء والزَّلاَّء تتوارد في كلام العرب على معنى واحد، نص على ذلك الأزهري – نقلا عن الليث – إذ يقول: «الرَّسَحُ: ألا تكون للمرأة عَجِيزةٌ، فهي رَسْحاءُ، وقد رَسِحَتْ رسَحاً، وهي الزَّلاَّء والمِزلاجُ»، ويقول ابن منظور: «والعَصُوبُ من النساءِ: الزَّلاَّء الرَّسْحاءُ»، وتبعهم الزبيدي في ذلك.

انظر: تهذيب اللغة: 4/ 176، و لسان العرب: 1/ 602، وتاج العروس: 6/ 393.

(5) قوله: (يميل) زيادة من (ح).

(6) في (ح): (وإن).

(7) في (ر2): (ومعناه).

وقوله: لغية - بكسر اللام وفتح الغين - أي: لزنا وغير رشدة[1].

والجارية الرائعة الجيدة التي تراد للتسري[2] لا للخدمة، وكذلك عِلْية الجواري، بسكون اللام، وقيل بكسرها وتشديدها، والأول أشهر.

والوخش - بسكون الخاء -: خسيسه، وأصله الحقير من كل شيء أيضا[3].

والحبل - بفتح الباء[4]-: الجنين ما لم يخرج.

وقوله: في التفرقة بين العروض[5] والمكيل والموزون: [(فإذا تلفت العروض عند بائع العبد فإنه يرجع عليه[6] بقيمتها)][7].

كذا عند ابن عتاب وابن المرابط.

وعندنا: عن[8] ابن عيسى عن الذي اشترى العبد، وفي هذه الرواية إشكال في الظاهر وهي صحيحة؛ وذلك لأن تلفها من بائع العبد بكل حال والقيمة فيها لازمة.

وقوله: [(فيمن ابتاع سلعة حاضرة بسلعة في بيته موصوفة؛

---

(1) في (ر2): (رشيدة).

انظر: أدب الكاتب، ص: 300، وتهذيب اللغة: 11/ 219، والمحكم والمحيط الأعظم: 6/ 70، والمخصص: 1/ 300، ولسان العرب: 15/ 143، والمصباح المنير: 2/ 457.

(2) في (ر2): (للمشتري).

(3) قوله: (أيضا) ساقط من (ح).

(4) في (م): (الحاء).

(5) في (ح): (بين المكيل).

(6) قوله: (عليه) زيادة من (م).

(7) انظر: المدونة (زايد): 7/ 326، و(العلمية): 3/ 333، و(السعادة/ صادر): 10/ 314، و(تهذيب البراذعي): 3/ 283.

(8) في (ر2) و(ح): (عند).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

جائز)][1] وفي كتاب محمد خلافه[2]؛ إذ لا ضرورة في ذلك بخلاف الغائبة.

وقوله: [(في الذي يشتري[3] السلعة بيعاً فاسداً فيبيع نصفها: هو فوت)][4].

قال ابن عبد الرحمن[5]: معناه في غير المكيل والموزون.

قال القاضي رحمه الله: وذلك لضرر الشركة في غيرهما مما لا ينقسم، ولأن النصف في مثل هذا[6] قليل.

وقوله: [(في الذي يقوم بالعيب والبائع غائب: إن كانت غيبته بعيدة تلوم السلطان للبائع إن[7] طمع بقدومه، وإلا باعه فقضى الرجل حقه)][8].

قال بعضهم: هذا يدل أن الغائب البعيد الغيبة يقضى[9] عليه دون تأجيل، إذا لم يطمع بقدومه، ومثله في غير ما في[10] كتاب من المدونة، وقد قال بعد هذا آخر الباب: [(وإن كان بعيدا[11] باعه[12] عليه السلطان، إذا خاف على العبد

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 328، و(العلمية): 3/ 335، و(السعادة/ صادر): 10/ 315.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 368، والتبصرة، للخمي، ص: 4454.

(3) قوله: (في الذي يشتري) يقابله في (ح): (في مشتري).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 333، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 319.

(5) قوله: (ابن عبد الرحمن) يقابله في (م): (عبد الرحيم).

(6) قوله: (مثل هذا) يقابله في (م): (غيرها).

(7) في (م) و(ح): (وإن).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 331، و(العلمية): 3/ 337، و(السعادة/ صادر): 10/ 318.

(9) في (م) و(ر2): (يقضي).

(10) قوله: (في) ساقط من (م).

(11) في (ر2): (بعيدا الغيبة).

(12) في (ح): (أباعه).

الضيعة أو النقصان أو الموت)][1].

قال فضل: كأنه ذهب إلى[2] أنه يتلوم له، إذا لم يخف عليه ضيعة.

قال القاضي رحمه الله: فكأنها على هذا خلاف الأولى.

وليس عندي بخلاف تلوم له فيما يرى فيه التلوم وجه، ولم يخش منه ضرر، فإذا[3] لم يطمع من الغائب بوصول لفرط بعده أو انقطاع الطرق حينئذ فلا وجه للتلوم - كما قال أولاً في المدونة[4] - وكذلك إن طمع، وخيف على العبد الهلاك أو الضياع إن أوقفنا بيعه مدة الاستبراء لأمر سيده - كما قال آخرا[5] - فهما[6] راجعان إلى شيء واحد.

وقد قيل إن قوله: [(إذا خيف[7] على العبد الضيعة والنقصان)][8] راجع إلى بيعه؛ لأنه لا يتعين على الحاكم بيعه وإنصاف الغائب[9] من العبد نفسه[10] إذا كان له مال غيره، فإنما يبيع العبد في إنصافه إذا كان أولى[11] ما يبيع عليه لما يخاف عليه من الموت والنقصان، بخلاف العقار والمتاع الذي هو آمن من

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 332، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 318.

(2) قوله: (إلى) زيادة من (ح).

(3) في (ح): (فأما إذا).

(4) قوله: (في المدونة) زيادة من (م).

(5) قوله: (آخرا) يقابله في (م): (في الآخر).

(6) قوله: (آخرا فهما) يقابله في (ح): (خراجهما).

(7) في (ر2): (خاف).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 332، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 318.

(9) في (م): (القائم).

(10) قوله: (نفسه) ساقط من (ح).

(11) في (ر2): (أول).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الحيوان الغائب من هذا الوجه، وإنما يبيع الحاكم على الغائب أحق ما يبيع عليه مما هو أنظر له، إلا أن يكون في بيع ذلك طول وضرر على الغرماء فينظر لهم في غيره بحسب ذلك طول[1].

وقد قيل أيضا: إنما ذكر بيعه العبد في الكتاب لأنه لم يكن للغائب[2] [153/ أ] مال غيره، بدليل قوله: [(فإن كان فيه نقصان اتبع المشتري البائع بما بقي، ولو كان له مال لأنصفه الحاكم منه)][3].

وقوله في البيع الفاسد: [(إذا ثبت ولم يتغير رأيت أن يعمل[4] به[5] كما وصفت لك في العيب)][6]، كذا عند ابن عيسى.

وفي كتاب ابن عتاب: رأيت أن يقبل قوله كما وصفت لك، ومعنى هذا عندي أن يستمع[7] إلى شكواه، ويقبل قوله في رغبته في التحلل[8] من الفساد، ويعمل فيه من البيع والإنصاف كما وصف[9] قبل.

وقوله: [(إذا فات جعله القاضي على المشتري بقيمته يوم قبضه ويترادان فيما بينهما إن كان لأحدهما فضل على صاحبه، إذا لقي بائعه[10] يوما

---

(1) قوله: (طول) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) في (م): (البائع).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 332، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 318.

(4) في (م): (يفعل).

(5) في (ح): (فيه).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 332، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 318.

(7) في (ح): (يسمع).

(8) في (ر2) و(ح): (الحلال).

(9) في (م): (وصفنا).

(10) في (م): (صاحبه).

ما)][1]؛ فمفهومه[2] أنه لا تؤخذ من المشتري الزيادة ولا توقف، وأنه لم يكن للغائب مال يوفى المشتري منه ما نقصه إن كان ثم نقص.

قالوا: لأن ذلك خير للغائب أن يتركه في ذمته من أن يخرجه منها، ويوقفه في أمانة، وكان المشتري لبقائها في ذمته[3] أهلاً وهو من النظر للغائب، وقد قال في كتاب طلاق السنة: [(إن السلطان ينظر لكل غائب)][4]، وهذا معارض[5] لجوابه إذا كانت السلعة قائمة في الفساد فباعها، وبمسألة العيب أن توقف الفضلة، ولم يترك ذلك عند المشتري.

وقد يقال: لعله لم يثق هناك المشتري، ووثقه هنا.

وقيل: بل لعل[6] هذه الفضلة[7] كديون الغائب التي لا يقبضها السلطان، بخلاف المفقود، والغائب – هنا - قد رضي بمعاملته فيبقى دينا في ذمته، وهذا معارض بأن البائع لم يرضَ بأن يترك في ذمته[8]، ولا فرق بين الوجهين، إذا رأى السلطان ترك الزيادة عند القائم إذا قوم عليه أو عند المشتري إذا باع، إذا كان أهلاً لذلك، وما باعه السلطان لم يكن من سبب البائع ولا رضاه فالسلطان ينظر فيه كمالٍ طرأ له، وهذا يعارض بأن البائع لم يرض قط بأن يترك في ذمته شيئا، وإنما دفع إليه عوضاً عما أخذ، فإذا انفسخت

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 332، و(العلمية): 3/ 338، و(السعادة/ صادر): 10/ 318.

(2) في (ح): (مفهومه).

(3) في (ح): (ذمة).

(4) انظر: المدونة (زايد): 4/ 362، و(العلمية): 2/ 34، و(السعادة/ صادر): 5/ 455.

(5) في (ر2) و(ح): (تعارض).

(6) في (ر2): (لعل)، وهو ساقط من (ح).

(7) في (ح): (اللفظة).

(8) قوله: (وهذا معارض بأن... بأن يترك في ذمته) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

المعاملة صار كهذا[1] الذي باع منه السلطان، ولم يعامله هو قط.

وقد اختلف شيوخنا هل يقضي القاضي ما[2] على الغائب[3] من مال بيد من اعترف أنه للغائب، أم لا؟ حتى يثبت[4] أنه ملكه؛ إذ قد يكون وديعة عند الغائب أو غير ذلك، انظر في كتاب ابن سهل ذلك[5].

ولا يعترض[6] على هذا بما ذكره[7] من جعل الودائع في الذمم، وأنه من باب سلف جر نفعاً؛ لأن ذمة هذا مغمورة قبل بما لزمها من الزائد على الثمن.

وقول ربيعة في [(المشترط أن يتخذ جاريته[8] أم ولد إن وطئها كان في ذلك رأي الحاكم)][9]؛ معناه: إن نقصها الوطء فترد إلى القيمة ما لم تكن أقل من الثمن فلا ينقص منه.

وقوله: [(في الذي باع جارية ثم اشتراها من الذي باعها منه واطلع على عيب دلسه[10] به البائع؛ أن يرجع عليه بما نقص إن كان باعها[11]

---

(1) قوله: (كهذا) ساقط من (ح).

(2) قوله: (ما) ساقط من (ح).

(3) في (م): (البائع).

(4) في (ر2): (ثبت).

(5) قوله: (انظر في كتاب ابن سهل ذلك) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ح): (لا يعرض).

(7) في (ح): (كره).

(8) في (م) و(ر2): (جارية).

(9) في (م): (الحكم)، انظر: المدونة (زايد): 7/ 333، و(السعادة/ صادر): 10/ 318، وعبارتهما: (رأي الحكم)، و(العلمية): 3/ 338.

(10) في (م): (دلس).

(11) قوله: (منه واطلع على عيب دلسه به البائع ... باعها) ساقط من (ح).

بالأقل[1])][2].

قال في الباب الأول: **فاطلع على عيب**، وقال في الباب[3] الثالث: **ثم اطلع على عيب**، فهذا ينبيك أن[4] معرفته بالعيب إنما كان بعد شرائه الثاني من المشترى منه، ولذلك خيره أَشْهَب في الرجوع عليه إن شاء، وهذا لا يخالفه ابن القاسم فيه[5].

ولو كان عالماً بالعيب وهو عند المشترى منه[6]، ثم اشتراه منه[7] لم يكن له بوجه[8] رجوع عليه؛ لشرائه منه وهو عالم به، وإنما يرجع هنا على البائع الأول ولا يضره شراؤه بعد علمه بالعيب على قول ابن القاسم وأشهب جميعاً، عند أكثر المشايخ، ومحققيهم؛ لأنه كان في يد غيره ممنوعا من القيام به عند ابن القاسم، ومن استيفاء جميع حقه عند أَشْهَب، فهو يقول: إنما اشتريته لأرده.

وهذا أيضاً بيّن من قوله في الكتاب: [(إذا اشترى عبدا[9] فباعه ثم ادعى عيباً لم يكن له أن يخاصم بائعه، لكن إن رجع إليه يوماً بشراء[10] أو غيره، كان

---

(1) في (ح): (بالأقل).

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 367 و368، و(العلمية): 3/ 359، و(السعادة/ صادر): 10/ 341.

(3) قوله: (الباب) ساقط من (ر2) و(ح).

(4) قوله: (ينبيك أن) يقابله في (ر2): (يشير على أن)، وفي (ح): (ينبهك على).

(5) قوله: (فيه) زيادة من (م).

(6) قوله: (منه) ساقط من (ح).

(7) قوله: (منه) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (وجه).

(9) في (ح): (عيبا).

(10) في (ح): (بشراء ما).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

له أن يرده على بائعه)][1].

فهذا قد أعلمك أنه قد علم بالعيب قبل رجوعه إليه بالشراء، وجعل له رده على البائع الأول، وهذا كله يرد تأويل بعض الشيوخ أنه متى علم ثم اشتراه لم يكن له رده على البائع[2] الآخر ولا على الأول؛ لرضاه بالعيب بشرائه[3] له بعد علمه، ويرد قول بعضهم أنه إنما[4] يمنع على قول أَشْهَب إذا كان قد خاصمه، وأخذ الأقل؛ لأنه حكم قد[5] نفذ[6]، وكل[7] هذا لا حجة لقائله فيه؛ لأنه كان ممنوعا من القيام[8] بذلك العيب ما دام في ملك غيره، فإذا توصل بشرائه ليصل إلى حقه فيه فليس برضى، ويبقى[9] بعد هذا تخيير أَشْهَب في المسألة له في رده على بائعه الآخر، فكان جوابه في أصل المسألة لا على سؤال ابتداء.

وسحنون هنا أول الباب في قوله الذي يدل[10] أنه علم بالعيب قبل شرائه من [153/ ب] مشتريه، وإنما يصلح التخيير إذا لم يعلم بالعيب إلا بعد شرائه الثاني على ما قدمناه.

قالوا: ولو أن المشتري الثاني خير في رده العبد أو إمساكه فاختار إمساكه، ثم

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 341 و342، و(العلمية): 3/ 344، و(السعادة/ صادر): 10/ 324.

(2) قوله: (البائع) زيادة من (ح).

(3) في (ح): (لشرائه).

(4) قوله: (إنما) ساقط من (ح).

(5) قوله: (قد) زيادة من (ح).

(6) في (ر2): (بعد).

(7) في (ح): (وكذا).

(8) قوله: (من القيام) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (مكررة).

(10) في (ح): (تدل).

اشتراه المشتري الأول منه لم يكن له أن يرده على البائع الأول.

ولا يختلف ابن القاسم وأَشْهَب أنه لو باعه المشتري الأول وهو عالم بالعيب إلا أنه ظن أن العيب حدث عنده، أو باعه وكيل له وهو يظن أنه عالم به أنه يرجع على بائعه الأول بالأقل مما نقص العيب أو بقيمة الثمن.

وقوله: [(لأن المكاتب حين عجز فقد صار محجوراً)][1].

ثم قال آخر الباب في مسألة الرد بالعيب على المكاتب، بعد عجزه: [(وإن[2] فضل فضل كان للعبد[3] الذي عجز، وإن كان نقصاناً اتبع به في ذمته)][4].

قال بعض شيوخنا: جعل عجزه حجراً[5]، ولم يجعله انتزاعا لماله.

وقد قال بعض[6] أصحابنا في العبد المأذون: ليس لسيده الحجر عليه إلا بالإشهاد، وههنا جعل عجزه مجرداً حجراً[7] دون إشهاد ولا سلطان.

وقال آخرون: حكم المكاتب إذا عجز في هذا[8]، حكمه قبل كتابته؛ فإن كان محجوراً رجع إلى الحجر، وإن كان مأذوناً رجع[9] إلى الإذن، وقد

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 336، و(العلمية): 3/ 340، و(السعادة/ صادر): 10/ 321، و(تهذيب البراذعي): 3/ 289.

(2) في (ح): (فإن).

(3) في (م): (السيد).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 338، و(العلمية): 3/ 341، و(السعادة/ صادر): 10/ 322، و(تهذيب البراذعي): 3/ 289.

(5) في (ح): (حجرانا).

(6) قوله: (بعض) ساقط من (ح).

(7) في (ر2): (عجزا).

(8) في (ح): (هذه).

(9) في (ح): (راجع).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

جعل ابن القاسم في المكاتب عجزه انتزاعا في مسألة جعله للسيد اقتضاء مكاتبة[1] مكاتبي مكاتبه[2] إذا عجز، فجعله انتزاعا، وهو قول أشهب، وكله خلاف ما هنا[3].

وقوله: [(في المشتري للدار وبها صدع إذا كان صدعها[4] يخاف منه على الدار فهو عيب ترد منه[5]، وإن كان صدعاً لا يخاف منه على الدار فلا أرى أن ترد؛ لأنه قد يكون في الحائط الصدع فيمكث في الحائط ذلك الصدع زمانا فلا أرى هَذا[6] عيبا)][7].

وتمام هذه[8] المسألة في كتاب القسمة: [(إذا وجد أحدهما في نصيبه عيباً يسيراً، يرجع بقيمة العيب، إذا كان خفيفا)][9].

ومثله في مسألة العيوب في كتاب محمد.

وروى زياد عن مالك في كتاب: "الاستيعاب لأقوال مالك" ما يدل أن الدور وغيرها سواء ولا ترد[10] بشيء[11] من ذلك إلا في الكثير، ونحوه في

---

(1) في (م) و(ر2): (مكاتبته).

(2) (ر2): (مكاتبي مكاتبه).

(3) قوله: (ما هنا) ساقط من (ح).

(4) قوله: (إذا كان صدعها) ساقط من (ر2).

(5) في (م): (له)، وفي (ح): (به).

(6) في (ح): (بهذا).

(7) انظر: المدونة (زايد): 7/ 339، و(العلمية): 3/ 342، و(السعادة/ صادر): 10/ 323، و(تهذيب البراذعي): 3/ 290.

(8) قوله: (هذه) ساقط من (ح).

(9) انظر: المدونة (زايد): 10/ 64، و(العلمية): 4/ 294، و(السعادة/ صادر): 5/ 499.

(10) زاد في (ش) و(م) و(ر2) و(ز): (من).

(11) قوله: (بشيء) يقابله في (ر2) و(ح): (من شيء).

المختصر الكبير، وإليه كان يذهب من متأخري مشايخنا أبو جعفر بن رزق القرطبي[1] في كل شيء، وعليه كان يتأول جميع[2] مسائل الكتاب وغيره في هذا الباب خلاف ظاهرها، وتأويل الجمهور فيها[3].

وقد يحتج بقوله في الكتاب: [(في الكي الخفيف الذي لا ينقص من ثمنه وإن كان عند[4] النخاسين عيباً فلا يرد به إذا لم يكن عيباً فاحشا)][5]، فيكون قوله: لا ينقص، أي[6] ما له بال، وإلا فكل ما هو عيب لا بد له من نقص، وإن قل.

وقال[7] المخزومي: ما نقص من القيمة الثلث فصاعداً أو أقل[8] من الثلث بيسير[9] فهو من العيوب المفسدة، يرد به، وإن كان أقل من الثلث بكثير لم يرد به.

وحكى الباجي عن بعض الأندلسيين[10]: أن الرباع وغيرها سواء، ترد[11] من قليل عيوبها، وكثيرها[12].

---

(1) في (ر2) و(ح): (والقرطبي).

(2) قوله: (جميع) ساقط من (ر2).

(3) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 397.

(4) في (ح): (غير).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 350، و(العلمية): 3/ 349، و(السعادة/ صادر): 10/ 330، و(تهذيب البراذعي): 3/ 297.

(6) في (ح): (أتى).

(7) في (ح): (قال).

(8) في (ح): (وأقل).

(9) في (ح): (يسيرا).

(10) في (ح): (الأندلوسيين).

(11) في (ح): (يرد).

(12) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 89.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وتأمل قوله في الصدع إن كان يخشى على الدار منه الهدم؛ فقد قال اللخميّ: إن هذا الصدع لو كان في حائط لم يرد منه؛ إذ لو استحق لم ترد به[1].

قال القاضي رحمه الله: وهذا موافق لظاهر[2] الكتاب؛ إذ لم ينص أن الصدع في حائط، وإنما قال: في الدار، خلاف ما ذهب إليه عبد الحق وابن سهل وغيرهما.

وتأولوا[3] أنه إن خشي هدم الحائط من الصدع الذي فيه وجب[4] الرد[5].

وقد قيل: إنما يرد لخوف تهدم الحائط، إذا كان[6] ينقص الدار كثيراً.

قال القاضي رحمه الله: وهذا أيضاً صحيح[7] المعنى، أرأيت لو كان الحائط الذي يلي المحجة ولا يمكن سكنى الدار حتى يبنى أو يصلح[8] الذي يتعلق به بناء الدار فيلزم تدعيم ما عليه، ويتعلق به، ويلزم فيه نفقة كثيرة لوجب به الرد دون إشكال؛ لأنه يتكلف[9] من بنيانه[10] والنفقة فيه ما يشق.

وقد يفرق في هذا الباب بين هذا، وبين الاستحقاق؛ لأنه إذا استحق

---

(1) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4398.

(2) قوله: (لظاهر) يقابله في (ر2): (لما في ظاهر).

(3) في (م) و(ح): (قالوا).

(4) قوله: (فيه وجب) يقابله في (ح): (وجب فيه).

(5) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 72.

(6) قوله: (إذا كان) يقابله في (ح): (أو).

(7) قوله: (صحيح) ساقط من (ح).

(8) قوله: (يصلح) زيادة من (م).

(9) في (ح): (يتكفل).

(10) في (ح): (بنائه).

الحائط، وما لا قدر له من[1] الدار لم يضره، وإن انهدم[2] مثل هذا، اضطر إلى بنائه والنفقة فيه، وذلك ضرر، وتركه بلا بناء أضر لكشف الدار منه، ومن حجة المبتاع أن يقول: مثل هذا لا أتكلفه ولا أصبر عليه، ولا[3] على مشقته، وقد نحى أبو عبد الله بن عتاب إلى ما قلناه.

ولم يختلفوا أن ما شمل الدار من العيب، ويقطع منفعة من منافعها، كتهور[4] بئرها أو غور مائها أو فساد مطمر مرحاضها[5] أو استحقاقها أو تعفن[6] قواعد بئرها أو وجود مائها[7] زعاقا في البلاد التي مياه[8] آبارها[9] حلوة أو وهاء أسس[10] حيطانها، وشبه هذا أنه يجب به الرد.

وأصل الباب أن كل ما فيه ضرر على المبتاع أو ما يحط من الثمن كثيراً.

واختلف في مقدار الكثير؛ فقال أبو محمد بن أبي[11] زيد[12] فيما حكى عنه الباجي: ما نقص معظم [154/ أ] الثمن[13].

---

(1) في (ر2) و(ح): (في).

(2) في (ح): (هدم).

(3) قوله: (لا) زيادة من (ح).

(4) في (ح): (كشور).

(5) قوله: (مطمر رحاضها) يقابله في (ح): (قصد رخاصتها).

(6) في (ح): (أو يعفن).

(7) في (ح): (وجد ماؤها).

(8) في (ر2) و(ح): (ماء).

(9) في (ح): (بأرها).

(10) في (ر2): (أسَّ).

(11) قوله: (أبي) ساقط من (ح).

(12) في (ح): (يزيد).

(13) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 89.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: الثلث كثير.

وقال ابن عتاب: الربع كثير، وهذا نحو ما تقدم للمخزومي.

وقال بعضهم: لا حد فيه، إلا وجود الضرر.

وقال أبو عمر بن القطان: مثقالان في قيمة العيب قليل، وعشرة كثير، يجب بمثله الرد[1].

وقال أبو الوليد بن رشد: عشرة من مائة كثير[2].

وقوله: [(فيمن اشترى جارية ممن تحيض فارتفع حيضها في الاستبراء شهرين أو ثلاثة.

قال مالك: ذلك عيب يردها[3] به إن أحب)][4].

ظاهره: أن الشهرين أمد كثير يوجب الرد، وهو قول مالك[5] في كتاب محمد، وقول سحنون، خلافا لما لأَشْهَب[6] في كتاب محمد أنها لا ترد من الشهرين، وإنما ترد فيما زاد على الثلاثة، تبين[7] ضرره، ونحوه لابن القاسم أنها ترد في الأربعة الأشهر والخمسة[8].

وعن مالك والمغيرة وابن دينار وعبد الملك وسحنون وفضل: ترد في

---

(1) قوله: (وقال بعضهم: لاحد فيه... بمثله الرد) ساقط من (ح).

(2) في (م): (كثيرة). وانظر: المقدمات الممهدات: 1/ 398.

(3) في (ر2): (يرد).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 344، و(العلمية): 3/ 345، و(السعادة/ صادر): 10/ 326.

(5) قوله: (مالك) ساقط من (ح).

(6) قوله: (خلافا لما لأشهب) يقابله في (ح): (خلاف لما يشبه).

(7) في (م) و(ر2): (وتبيين).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 256.

خمسة وأربعين يوما.

قال مالك: وللبائع أيضاً أن يرد البيع، ويفسخ لأجل نفقته[1].

وقال ابن حبيب[2]: لا خيار للمشتري قبل ثلاثة أشهر، وله الخيار في الثلاثة، وحكاه من رواية أشهب ومُطرِّف عن[3] مالك[4].

وقد قال في الكتاب[5] بعد هذا في الشهرين: [(لم يحد مالك في ذلك حدا)][6] ظاهره[7] الخلاف، وحمل شيوخنا إن هذا هو[8] ظاهره[9] في الكتاب، وإن مالكا[10] لم يحد في ذلك[11] حداً إلا الطول، وما يرى أنه ضرر.

ويحمل قوله أولاً[12] في السؤال: هو عيب ترد به يعني: ارتفاع الدم، لا تحديد ذلك بالشهرين والثلاثة[13]، وإنما جاء ذلك في سؤال السائل، فلما سئل عن التحديد وقف، وكذلك اختصر أبو محمد وغيره ذكر الشهرين أولاً، واقتصروا على

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4403.

(2) قوله: (وقال ابن حبيب) يقابله في (ح): (قال حبيب).

(3) في (ح): (وعن).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/ 12، والتبصرة، للخمي، ص: 4402.

(5) في (ر2): (في الكتاب وإنه لم يحد فيه حدا... إن ضرر).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 344، و(العلمية): 3/ 345، و(السعادة/ صادر): 10/ 326، و(تهذيب البراذعي): 3/ 294.

(7) في (ح): (فظاهره).

(8) زاد في (ر2): (مذهبه).

(9) قوله: (ظاهره) ساقط من (ر2) و(ح).

(10) قوله: (مالكا) ساقط من (ر2) و(ح).

(11) قوله: (في ذلك) يقابله في (ر2) و(ح): (فيه).

(12) في (ر2): (ولا).

(13) في (ح): (الثلاث).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قوله بترك[1] التحديد أخيراً[2]، وأما ابن أبي زمنين فجاء بلفظ الكتاب.

وقيل: بل الجمع بينهما أنه لم يحدد أخيراً بالشهرين؛ لأنه قال: مضى لها شهران من يوم اشتراها وقد تكون قريبة العهد بالطهر، وينتظر[3] دمها إلى شهر فإذا تأخر عنها شهرين فلم يطل، وفي المسألة الأولى ولاء[4] معناه أن ارتفاعه شهرين بعد أمد استبرائها، ومجيء أيام حيضتها المعلومة، وقد قال في الكتاب: [(إذا قال البائع: إن لم تحض[5] هذا الشهر يوشك أن تحيض في الداخل، أيؤمر المشتري بحبسها ؟

قال: ينظر في ذلك السلطان، فإن رأى ضرراً فسخ البيع[6])][7].

فهذا يشير إلى ما قالوه[8] إن مذهبه مراعاة الضرر دون تحديد بشهر[9] ولا شهرين ولا ثلاثة[10]، وهذا نحو الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم أن ارتفاع الحيض يرد به المشتري ولا يلزمه انتظار ثلاثة أشهر، وفيه التفات إلى ما وقع لمالك وكبراء أصحابه المدنيين الذي قدمناه قبل، والله أعلم.

---

(1) في (ح): (ترك).

(2) في (ح): (آخرا).

(3) في (ح): (تنتظر).

(4) قوله: (ولاء) زيادة من (ح).

(5) في (ح): (تعط).

(6) في (ر2) و(ح): (الجمع).

(7) في (ر2) و(ح): (الجمع).

انظر: المدونة (زايد): 7/ 345، و(العلمية): 3/ 246، و(السعادة/ صادر): 10/ 327.

(8) قوله: (إلى ما قالوه) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (شهر).

(10) في (ر2): (ثلاث).

وقوله: [(لأنها في ضمان البائع حتى تخرج من الاستبراء)][1].

ذهب ابن سهل أن ظاهره: أن عيب ارتفاع الحيض إنما هو في العلي، وجواري الوطء، وعليه تكلم في المدونة، وأنه خلاف ما قاله[2] في غيرها.

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم: أن العلي والوخش في ذلك سواء[3].

قال مشايخنا: لأن ذلك علة، وخروج الحيض يصحح الجسم.

وقال بعضهم: إنما تكلم في الكتاب على الغائب مما فيه المواضعة.

وقوله: [(فإن ادعى المشتري الذي قطع الثوب أن البائع حين باعه علم بالعيب وأنكره[4] البائع، قال: على البائع اليمين)][5] كذا في المدونة.

وفي أصل الأسدية: فإن قال البائع: استحلفوه أنه لم يعلم بالعيب، قال: عليه اليمين، وهذا خلاف ما نصه في الباب أنه لا يحلفه بمجرد الدعوى بالرضى.

وقوله: [(في العبد إذا أصابه مختناً: هو عيب[6]، وفي المرأة[7] المذكرة إن كانت توصف بذلك واشتهرت[8] به: رأيته عيباً)][9].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 345، و(العلمية): 3/ 346، و(السعادة/ صادر): 10/ 327.

(2) في (ر2): (له).

(3) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/ 334.

(4) قوله: (أنكر) ساقط من (ح).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 345 و346، و(العلمية): 3/ 346، و(السعادة/ صادر): 10/ 327.

(6) قوله: (هو عيب) ساقط من (م).

(7) في (م): (الجارية).

(8) في (ح): (وأشهدت).

(9) انظر: المدونة (زايد): 7/ 348، و(العلمية): 3/ 348، و(السعادة/ صادر): 10/ 329، و(تهذيب البراذعي): 3/ 295.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

حمل أبو محمد المسألة أن معناها في الأخلاق والكلام والشمائل إما خلقة أو تخلقاً دون فعل الفاحشة، وجعل هذا[1] عيباً بيناً؛ إذ الرجال تضعف قواهم، وكثير من منافعهم المطلوبة منهم، وأما النساء فيكره ذلك فيهن، إذا اشتهرت به؛ لأنه قد يظن بها السوء، وإن لم يكن[2]، ولأنها ملعونة كما جاء في الحديث من المتشبهين من الرجال بالنساء ومن النساء بالرجال، فإذا لم تشتهر بذلك، وإنما كانت فيها خلقة، وأمراً طبيعياً[3] فليس بعيب فيها[4]؛ لأنها[5] جمعت خصال النساء، وزيادة الذكورية[6].

قال القاضي رحمه الله: وإلى هذا نحا أبو عِمرَان وغيره، إلا ما زدت وبينت[7] من إشاراتهم.

وعندي[8] أن هذا إنما يكون في الوخش، وجواري المهنة[9]، وأما جواري الوطء والاستمتاع والرشد[10]، وسائر العلي فذلك عيب مزهد[11] فيهن مكروه منهن، وإن لم يشتهرن[12] به. إذ المراد منهن[13] التأنيث بالجملة، ويزاد في أثمانهن بقدر [154/ ب]

---

(1) في (ح): (لهذا).
(2) في (م): (تكن).
(3) قوله: (وأمرا طبيعيا) يقابله في (ر2) و(ح): (وأمر طبيعي).
(4) قوله: (فيها) ساقط من (ح).
(5) في (ح): (ولأنها).
(6) في (ر2) و(ح): (التذكرة).
(7) قوله: (وبينت) ساقط من (م).
(8) في (ح): (عندي).
(9) في (ر2): (الهبة).
(10) قوله: (الرشد) ساقط من (م).
(11) في (م): (مذموم)، وفي (ح): (من هذا).
(12) في (ح): (لم يشتهن).
(13) في (ح): (بهن).

مبالغتهن في التأنيث، وإشارات المجون[1]، ويكره ضده.

وذهب بعض الصقليين إلى أن معنى ما في الكتاب إذا كان الرجل يؤتى بالفاحشة، وتفعل[2] المرأة بالنساء ما يفعله[3] شرارهن، وبهذا فسر المسألة ابن حبيب؛ قال: وأما توضيع الكلام للعبد، وتذكيره[4] للمرأة فليس بعيب ولا يردان بذلك، وجعل هؤلاء قوله وفاقاً لما في الكتاب[5]، وجعلها أبو محمد خلافا[6].

قال هؤلاء: ومعنى اشتهرت بذلك إذا[7] لم يثبت عليها، ولكن فشا عنها فذلك يقوم مقام الثبات، ويرد على هؤلاء اشتراطه الاشتهار في المرأة دون الرجل، ويجب أن يكونا على هذا سواء.

وقد رأيت لبعض[8] المختصرين، قال: فاشتهرا[9] بذلك، واتفقوا[10] أن ليس معنى الاشتهار هنا[11] التكرار بالفعل، فالمرة[12] الواحدة إذا ثبتت[13]

---

(1) في (ر2): (المجوز).

(2) في (ح): (ويفعل).

(3) في (م): (يفعلهن).

(4) في (ر2) و(ح): (وذكرته).

(5) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 75.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 254.

(7) في (ر2): (إن).

(8) في (ر2) و(ح): (بعض).

(9) في (ح): (واشتهرا).

(10) في (ر2): (واتفقوا أن معنى)، وفي (ح): (لدى).

(11) في (ر2): (هنا ليس).

(12) في (ر2): (فالمرأة).

(13) قوله: (إذا ثبت) يقابله في (م): (إلى ما ثبت عليها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عليهما[1] من ذلك عيب، وكبيرة[2].

وقوله: [(في الصهباء الشعر: أنه لم يسمع فيها شيئاً، ثم تكلم على من جعد شعرها أو سود، ثم قال[3]: علا الشيب)][4].

فجاء من مفهوم كلامه أن هذه الصهباء لو سود شعرها لكان له القيام[5]؛ لأن هذا غش، وتدليس.

قال محمد وابن حبيب: وذلك[6] في الرائعة، وليس هو في غيرها عيب[7].

ثم قال في الكتاب: [(ولم أسمع مالكاً يقول في الرائعة شيئاً[8]، وليس هو في الرائعة[9] عيباً.

قال ابن القاسم: ولا أرى أن يردها إلا أن تكون رائعة أو يكون ذلك عيباً يضع من ثمنها)][10].

حمل[11] أكثرهم أنه لم يجب في الصهباء، وأن هذا الكلام كله في ذات

---

(1) قوله: (عليهما) زيادة من (ر2).

(2) قوله: (وكبيرة) يقابله في (م): (قليلة وكثيرة).

(3) قوله: (قال) ساقط من (ر2) و(ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 349، و(العلمية): 3/ 349، وعبارته: (صهبة الشعر)، و(السعادة/ صادر): 10/ 330، و(تهذيب البراذعي): 3/ 297.

(5) في (ر2): (الخيار).

(6) في (ر2): (وكذلك).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 249 و250.

(8) قوله: (شيئا) ساقط من (ح).

(9) قوله: (شيئا، وليس هو في الرائعة) ساقط من (ر2).

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 350، و(العلمية): 3/ 349، و(السعادة/ صادر): 10/ 330.

(11) في (ح): (قال).

الشيب، ولم يذكره المختصرون في مسألة الصهباء.

وكان بعض الشيوخ - فيما أخبرنا به الفقيه - أبو محمد عبد الرحمن بن محمد يحمل قول ابن القاسم هنا: **ولا أرى أن يردها إلا أن تكون رائعة على** مسألة الصهباء.

قال: وكذلك وقع له في الأسدية.

وقد ذهب المشايخ إلى أنه إن كان ممن تعرف[1] الصهوبة فهي كالبيضاء[2] لم ترد[3]، وإن كانت[4] ممن لا تعرف؛ كالسمر والسود فترد.

وانظر قوله: [(في الذي باع سلعة بمائة دينار فأخذ بها سلعة أخرى فوجد بالثانية عيباً)][5]، وإنما اختلف الناس في السلعة الأولى؛ فقال أهل العراق فيها قولاً، فسألت مالكاً عنها فقال الذي أخبرتك؛ يدل أن مالكاً جاوبه في[6] السلعة الأولى إذا وجد بها عيباً مثل جوابه في الثانية، والذي قاله أهل العراق واختلافهم إنما هو في السلعة الأولى إذا وجد بها عيباً أنها ترد، ويرجع صاحبها بثوبه، وتسقط الدنانير.

ومالك سوى[7] بينهما، ويجعله يرجع بالدنانير كما لو وجد العيب بالثانية.

وقد قيل: إن إشارته باختلاف الناس في السلعة الأولى، إنما يعني به فيمن

---

(1) في (ح): (يعرف).

(2) قوله: (تعرف الصهوبة فهي، كالبيضاء) يقابله في (م): (يعرف الصهبة فهي كالبيضاو).

(3) في (ر2): (يرد).

(4) في (ر2): (كان).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 351، و(العلمية): 3/ 350، و(السعادة/ صادر): 10/ 332.

(6) قوله: (في) ساقط من (ح).

(7) في (ر2): (يسوي).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

اقتضى من ثمن طعام طعاماً، المسألة التي ذكر أثناء كلامه على المسألتين في الكتاب.

وانظر قول أَشْهَب في الصوف[1] على ظهور الغنم المشتراة به يوجد[2] بها عيب: [(النابت[3] وغيره سواء، كل ذلك تبع ولغو مع ما بيعت به[4] من الضأن)][5].

كذا رويناه[6] وهو بيّن.

وفي بعض الروايات: من الضمان - بزيادة ميم - أي: وهو من باب الغلة بالضمان.

وانظر قوله: وكذلك ثمر النخل المأبورة؛ لأنه غلة، فأشهب إنما يخالف إذا كانت الثمرة مأبورة، ولا يخالف إذا كانت طيبة، هو ولا غيره، وإنما ترد ما كانت قائمة، ومكيلتها[7] إن عرفت، كسلعتين وجد بأرفعهما[8] عيباً، فإن جهلت المكيلة فاختلف هل تمضي بما ينوبها من الثمن، أو يرد قيمة الثمرة ويرجع بجميع الثمن على ما تقدم في هذا الأصل.

وابن القاسم يقول في المأبورة: إنها مشتراة لها حظها من الثمن، فيردها،

---

(1) في (م) و(ر2): (الصرف).

(2) في (م): (فوجد).

(3) في (ر2): (النبات).

(4) قوله: (به) ساقط من (ح).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 355، و(العلمية): 3/ 352، و(السعادة/ صادر): 10/ 334، و(تهذيب البراذعي): 3/ 300.

(6) في (ر2): (روايتنا).

(7) قوله: (مكيلتها) ساقط من (ح).

(8) في (ر2): (عيب).

وإن وجدها[1] أو مكيلتها إن عرفت أو القيمة إن جهلت، وأمضاها في الشفعة إن جهلت بما ينوبها من الثمن.

وعد ذلك سحنون اختلافا من قوله وفرق ابن عبدوس بين[2] المسألتين[3].

والنخل عند أَشْهَب بخلاف صوف الغنم لو اشترى الغنم وعليها صوف كان غلة، وإن كان قد كمل؛ لأنه تبع لدخوله في الصفقة لشراء الغنم دون اشتراط، كالنخل قبل الإبار.

وابن القاسم يسوي بين ثمر النخل والصوف، ولأَشْهَب في المبسوط مثله[4].

وقول مالك: [(في العبد يأبق عند المشتري قرب ما اشتراه فيريد إحلاف البائع أنه لم يكن عنده آبقاً، وأنه لم يرد[5] عليه يميناً[6])][7].

قال فضل: روى أَشْهَب عن مالك أن أصله ما كان من الأفعال، فلا يمين فيها على البائع إلا أن يقيم المشتري البينة على أنه كان عند البائع فيرده، وما كان من الخلق، فههنا إذا أشكل أمره أن يكون حدث عند المشتري،

---

(1) في (ر2): (جذها).

(2) في (ر2): (في).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 143.

(4) قوله: (ولأشهب في المبسوط مثله) ساقط من (ر2) و(ح).

(5) في (ر2): (ير).

(6) في (ر2): (ثمنها).

(7) انظر: المدونة (زايد): 7/ 347، و(العلمية): 347، و(السعادة/ صادر): 10/ 329، و(تهذيب البراذعي): 3/ 295.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أحلف البائع.

وكذلك الرهصة في الدابة والبطن والبول في العبد[1]؛ إذ قد يمكن أن يكون[2] ذلك لشيء قديم في الجوف.

وقد ذكر ابن القاسم عن مالك في العتبية خلافه[3]، وذكر ابن حبيب أن اليمين عليه في الوجهين.

قال القاضي رحمه الله: وقال أصبغ مثله.

قال ابن لبابة: هذا هو مذهب ابن القاسم، والذي في المدونة [155/ أ] فإنما أدخله سحنون لأشهب، وأما[4] ابن القاسم فلم يذهب إليه أصلاً ولا فرق بين عيوب البدن والأخلاق.

وقال ابن محرز: ولو حقق الدعوى المشتري على البائع أنه أبق[5] أو سرق عنده فظاهر الكتاب ألا يمين عليه حتى يظهر العيب، وذكر ابن المَوَّاز عن أَشْهَب مثله.

وذكر عن ابن القاسم أنه يحلف[6].

وقوله: [(في الذي اشترى أمة في عدة من طلاق فلم يردها حتى انقضت عدتها؛ لم يكن له ردها[7]؛ لأن العيب قد ذهب)][8].

---

(1) في (ر2): (العبيد).

(2) قوله: (يكون) ساقط من (ر2).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 7/ 307.

(4) في (ح): (فأما).

(5) قوله: (أنه أبق) ساقط من (ح).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 288.

(7) قوله: (ردها) يقابله في (ر2): (أن يردها).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 351، و(العلمية): 3/ 350، و(السعادة/ صادر): 10/ 331.

استدل بعضهم منه على أن ذات الزوج إذا لم يعلم به حتى مات أو طلق أنه ليس له رد بعيب النكاح؛ لأنه قد ذهب.

قالوا: وهو مذهب الكتاب، خلاف ما في سماع أَشْهَب من موت الزوجة[1]، وما رواه هو وابن القاسم عن مالك في كتاب محمد في العبد والأمة تنحل العصمة بينهما وبين أزواجهما[2]؛ له الرد.

وحكى ابن حبيب عن مالك في كتاب محمد[3] في الموت فيهما: ليس له رد إلا[4] في الرائعة، فتزويجها عيب ترد[5] به، وإن مات زوجها[6].

وحكى البراذعي الخلاف في زوال عيب التزويج فالافتراق[7] فيهما جميعاً.

وتأول فضل بن سلمة[8] انقضاء العدة من موت؛ إذ لو كان من طلاق لكان العيب باقيا[9] لما يخشى[10] عليهما.

وتأول غيره المسألة أنه علم بالعيب من الزواج والفراق، وإنما كتم عنه بقاء العدة عليها، ومنعه[11] من[12] الاستمتاع بها تلك المدة.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/ 276.

(2) في (ح): (أزواجها).

(3) قوله: (في كتاب محمد) ساقط من (م).

(4) قوله: (إلا) ساقط من (ح).

(5) في (ح): (يرد).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 261.

(7) في (م) و(ح): (بالافتراق).

(8) قوله: (بن سلمة) يقابله في (م): (أن مسألة).

(9) في (ح): (قائما).

(10) في (م): (فحش).

(11) في (ر2): (ومنعهن).

(12) قوله: (من) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال: وكذلك لو كان شراؤه بعد مضي حيضة؛ لأنه دخل على أنها توقف للمواضعة حيضة، وأنه لو لم يعلم بتقديم[1] الزوج لكان له القيام، وهذا مذهب اللخميّ، وتأويله للمسألة[2].

وقول ابن كنانة: [(في الحمل في الوخش ليس بعيب)][3]، كان أبو بكر بن عبد الرحمن يذهب أن معنى ذلك في الجلب، فأما من كان حمله عندنا فعيب على كل حال؛ لأنه لا يخلو أن يكون من زوج[4] أو من زنى، وهما[5] عيب.

قال القاضي رحمه الله: قد يكون بين[6] بالزنا، ولم يعرف الحمل أو عرفه ولم يبين به، وكذلك بين في الزواج، وقد وقع منه الفراق على ما تقدم فيزول الاعتراض، وتبقى المسألة محتملة[7] منسحبة[8] في الجميع الحاضر[9].

وفرق بعض الشيوخ في[10] المسألة بين أهل البوادي، ومن يرغب في النسل والولادة، وبين أهل الحضر[11]، ومن يستقذر ذلك، قبل[12]

---

(1) في (م) و(ح): (بتقدم).

(2) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4415.

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 349، و(العلمية): 3/ 348، و(السعادة/ صادر): 10/ 330، و(تهذيب البراذعي): 3/ 296.

(4) في (ر2): (زواج).

(5) في (ح): (فهما).

(6) في (م): (من).

(7) في (ر2): (مسجلة).

(8) قوله: (منسحبة) زيادة من (م).

(9) قوله: (الحاضر) ساقط من (ر2) و(ح).

(10) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(11) في (ح): (الحاضرة).

(12) في (م): (فنزل).

المسألة[1] والخلاف فيها على هذا.

وقوله: [(في الثوب يشتريه وقد دلس له فيه بعيب فيحدث[2] فيه صبغاً[3] ينقصه أو قطعاً[4] ثم يعلم بالعيب[5]؛ فهو بالخيار إن شاء حبسه، ورجع بقيمة العيب، وإن شاء رده ولا شيء عليه)][6].

ذهب كثير من المتأولين أن جوابه هنا إنما وقع على الصبغ خاصة، وأما القطع[7] فإنما له أن يرد ولا شيء عليه أو يمسك[8] ولا قيام له بالعيب؛ لأنه قد ملك الرد بغير غرم شيء فكأنه لم يحدث عنده شيء، وعلى هذا حمل محمد وغيره قوله، وهو المنصوص له[9] في كتاب محمد، وأصول أصبغ[10].

وقال ابن شاس وغيره: لعل المسألة عنده[11] في قطع يحتاج إلى غرم[12] مما أدى عليه ثمناً؛ كقطع الديباج[13] وشبهه مما يحتاج إلى تدبير[14] وتخليص

---

(1) قوله: (قبل المسألة) ساقط من (ح).

(2) في (ر2): (فحدث).

(3) في (ح): (صبغ).

(4) في (ح): (قطع).

(5) قوله: (ثم يعلم بالعيب) ساقط من (ح).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 356 و357، و(العلمية): 3/ 353، و(السعادة/ صادر): 10/ 334 و335، و(تهذيب البراذعي): 3/ 302.

(7) في (ح): (في التقطيع).

(8) في (م): (يتمسك).

(9) قوله: (له) زيادة من (م).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 299.

(11) قوله: (عنده) ساقط من (ر2).

(12) في (ر2) و(ح): (علم).

(13) قوله: (ولا شيء عليه أو يمسك... الديباج) ساقط من (ح).

(14) في (ح): (التدبير).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

صنائعه، وصوره فهذا[1] سبيله[2] سبيل الصبغ.

قال غيره: وهذا[3] على أحد القولين في أن له القيام فيما غرم[4] بتعليم الصناعة[5].

والرانج - بفتح النون وبالجيم والراء -: الجوز الهندي الكبير، وهم[6] يسمونه النارجيل والنارجل، بغير ياء بين الجيم واللام[7] أيضاً[8].

والقثاء - ممدود -: الفقوس، بكسر القاف وضمها معا[9].

وقوله: [(لحما على بارية)][10] - بكسر الراء وتخفيف الياء -: هي

---

(1) في (ح): (فهذه).

(2) في (ر2) و(ح): (مسألة).

(3) في (ر2): (هو).

(4) في (ر2): (عدم).

(5) قوله: (بتعليم الصناعة) يقابله في (ح): (بتعديلهم الصنعة).

(6) قوله: (وهم) يقابله في (ر2): (وهو).

(7) قوله: (والنارجل بغير ياء بين الجيم واللام) زيادة من (م).

(8) قوله: (أيضا) ساقط من (م).

(9) وافق كثير من اللغويين عياضاً فيما ذهب إليه من جواز كسر وضم القاف في (قثاء)، وأشار بعضهم إلى أن لغة الكسر أشهر؛ يقول الخليل: «القِثّاءُ: الخِيارُ، الواحدةُ: قِثّاءةٌ وأرْضٌ مَقْثأةٌ، والقِثّاء والقُثّاء لغتانِ بالكسر والضَمِّ»، ويقول الفيومي: «فِعّال و همزته أصلية، و كسر القاف أكثر من ضمها، و هو اسم لما يسميه الناس الخيار و العجّور و الفقوس»، ووافقهما في ذلك غير واحد من اللغويين.

انظر: معجم العين: 5/ 203، وتهذيب اللغة: 9/ 205، والمحكم والمحيط الأعظم: 6/ 469، ولسان العرب: 1/ 128، والمصباح المنير: 2/ 490، والقاموس المحيط، ص: 62، وتاج العروس: 1/ 362.

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 375، و(العلمية): 7/ 375، وعبارته فيها: (لحما على بارعة)، و(السعادة/ صادر): 10/ 346، و(تهذيب البراذعي): 3/ 306.

الحصير[1].

وفسره بعضهم بأنه الوضم الذي يباع عليه اللحم، وإنما هي الحصير يقطع عليها اللحم، ويباع، أي: إنما أبيع منك لحما لا تقوم علي فيه بشيء من عيوب الحيوان.

والسِّند والزِّنج - بكسر السين والزاي - ويقال: زَنج - بفتحها أيضاً-: أمتان من السودان، بجهة المشرق.

وابن سمعان - بفتح السين وسكون الميم - كذا يقوله جمهورهم فَعْلان من السمع.

وحكى لنا القاضي الشهيد[2] رحمه الله: أن شيخه أبا بكر المعروف بابن الخاضبة[3] أنه كان يقوله بكسر السين، كاسم السبع.

ومعنى العهدة: الضمان؛ مأخوذة من العهد وهو الميثاق؛ قال الله تعالى[4]: ﴿فَأَتِمُّوٓاْ إِلَيۡهِمۡ عَهۡدَهُمۡ إِلَىٰ مُدَّتِهِمۡ﴾ [التوبة: 4].

وجاء بمعنى: الضمان، وبه فسروا ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِيٓ أُوفِ بِعَهۡدِكُمۡ﴾[5] [البقرة: 40] أي: بما ضمنتم من طاعتي، وضمنت لكم من ثوابي.

وجاءت في عرف الفقهاء لتعلق[6] ضمان المبيع بالبائع، وتعلق المطالبة له بسببه، وذلك في كل المبيعات، واختص الرقيق منها بعهدة الثلاث[7]،

---

(1) في (ر2) و(ح): (الحصيرة).

(2) في (ح): (الشهير).

(3) في (م): (الخطاب).

(4) في (ر2): (العظيم).

(5) في (ر2) و(ح): ({وأوفوا بعهد الله أوف بعهدكم}).

(6) في (ر2): (التعلق).

(7) في (ح): (الثلاثة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

استقصاء[1] لما خفي[2] من حال الرقيق، واستكشافهم بالخبرة[3]، والسؤال في هذه الأيام [155/ ب] عما بطن[4] من أحوالهم أو دلس بها[5] البائع وكتمها منهم، فكأن[6] هذه المدة أبقى[7] المبيع[8] فيها[9] على ملك البائع وضمانه حتى يتخلص[10] لمشتريه.

وقول ربيعة: [(من تبرأ من عهد[11] فجمعها منها ما كان ومنها ما لم يكن؛ فإنه يرد على البائع كل ما[12] تبرأ منه من شيء قد علمه)][13]، كذا عند شيوخنا وهو بين.

وفي بعض النسخ[14] مكان يرد على البائع: ويروى على المشتري، وفي رواية عن[15] المشتري، ومعانيها كلها صحيحة، فعلى البائع ترد السلعة، وعلى

---

(1) في (م): (اسقاطا).

(2) في (ح): (خفا).

(3) قوله: (استكشافهم بالخبرة) يقابله في (ح): (فهم بالخيرة)

(4) في (ر2): (يظن)، وفي (ح): (بصر).

(5) في (م) و(ح): (به).

(6) في (ر2): (فكانت).

(7) في (ر2): (أو بقاء).

(8) في (ح): (البيع).

(9) في (ر2): (عيبا).

(10) في (ح): (يتحصل).

(11) في (م) و(ح): (عهدة).

(12) قوله: (كل ما) يقابله في (م): (كلما).

(13) انظر: المدونة (زايد): 7/ 375، و(السعادة/ صادر): 10/ 346، و(العلمية): 3/ 363.

(14) في (ر2) و(ح): (النسخ ما كان).

(15) في (ح): (هنا).

المشتري[1] قيمة العيب إذا فاتت، وكذلك يرد عنه[2] العيب، إما قيمته[3] في الفوات أو السلعة في القيام.

وقوله: [(في الذي باع سلعة، ثم قال: إن بها عيوباً إنها إن كانت[4] ظاهرة[5] لم يقبل قوله، وإن[6] اطلع المشتري بعد ذلك على عيوب كانت عند البائع بأمر ثبت[7]، كان له إن شاء الرد)][8] فتأمل قوله: **بأمر ثبت**[9]؛ فيستدل منه على ما وقع في كتاب محمد أنه لو قام يطلب بالعيب بمجرد قول البائع، قيل: لم يكن له ذلك، إلا أن يثبت ببينة أو يظهر العيب أو يثبت البائع على إقراره، ورأيت نحوه لأشهب[10].

وفي سماع عيسى: له أن يردها عليه بقوله الأول إن قام بعد سنة أو أكثر[11].

وذكر في كتاب محمد أن للمشتري أن يأخذ من البائع إذا أقر له بذلك حميلاً، إذا أنكر البائع ما كان أقر به.

---

(1) قوله: (المشتري) ساقط من (ح).

(2) في (ر2): (عنها).

(3) في (ح): (قيمة).

(4) قوله: (كانت) يقابله في (ح): (لم تكن).

(5) في (ر2): (غير ظاهرة).

(6) في (ر2): (فإن).

(7) في (م): (ثابت).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 376، و(العلمية): 3/ 363، و(السعادة/ صادر): 10/ 346.

(9) في (م) و(ح): (يثبت).

(10) في (ر2) و(ح): (أزيد)، انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 289.

(11) في (ر2) و(ح): (أزيد).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ووجدت في[1] كتاب ابن سهل معلقاً: تؤخذ[2] منه قيمة العيب، وتوضع[3] على يد عدل، خشية أن يفلس ثم يظهر العيب، فإن مات العبد[4] قبل ظهوره أخذ المبتاع تلك القيمة.

مسألة بيع البراءة، ومعناها: البيع على أن لا يرجع على البائع بعيب قديم في المبيع بما[5] لا يعلم به البائع[6]، ويخشى أن يكون به، وحاصله التبري من التباعة[7] فيه والتبري من المطالبة به.

وهذا الأصل مما اختلف فيه قول مالك على أقوال:

هل من البياعات ما هو بيع براءة، وإن لم يشترط فيه أم لا؟

وهل يصح اشتراط[8] بيع البراءة، وينتفع به في كل شيء أو في بعض الأشياء، أو لا ينتفع به[9] جملة[10]؟ ولأصحابه في ذلك عشرة أقوال؛ منها له تسعة أقوال، منها في الكتاب ستة أقوال:

أولها: قوله القديم في كتاب محمد من رواية ابن القاسم وأشهب أنها

---

(1) في (ر2): (عن).

(2) في (ح): (يؤخذ).

(3) في (ح): (ويوضع).

(4) قوله: (فإن مات العبد) ساقط من (ح).

(5) في (ح): (فيما).

(6) قوله: (البائع) ساقط من (ر2).

(7) في (ر2) و(ح): (التبعة).

(8) قوله: (اشتراط) زيادة من (م).

(9) قوله: (أو لا يتنفع به) يقابله في (ح): (أو لا تنفع).

(10) قوله: (به جملة) يقابله في (ر2): (فله).

جائزة في الرقيق، إذ اشترط[1] التبري من كل عيب، قل أو كثر مما لا يعلمه البائع.

وبيع السلطان في التفليس والمغنم وغيره بيع براءة، وإن لم يشترط، وكذلك[2] بيع الميراث إذا علم المبتاع أنه بيع ميراث.

قال: وذلك كله في الرقيق خاصة[3].

زاد في كتاب ابن حبيب[4]: أو يذكر متولي[5] بيع الميراث أنه بيع براءة.

وكل هذا أيضاً بيّن[6] في الكتاب ما هو[7] ظاهر منه.

قال فيه ابن القاسم: وأنا أرى البراءة في الرقيق على قول مالك الأول وإن بيع المفلس والميراث بيع براءة، وإن لم يبين[8]، وكذلك في[9] بيع السلطان الغنائم[10] وغيرها[11].

القول الثاني: قوله القديم في المدونة أن البراءة إنما كانت لأهل الديون،

---

(1) في (ر2) و(ح): (شرط).

(2) في (ح): (كذا).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 238 و239.

(4) قوله: (ابن حبيب) يقابله في (ح): (محمد).

(5) قوله: (متولي) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (أبين).

(7) قوله: (ما هو) زيادة من (م).

(8) قوله: (ما هو ظاهر منه... ، وإن لم يبين) ساقط من (ح).

(9) قوله: (في) زيادة من (ح).

(10) في (ر2): (المغامر).

(11) انظر: المدونة (زايد): 7/ 382، و(العلمية): 3/ 367، و(السعادة/ صادر): 10/ 350، و(تهذيب البراذعي): 3/ 309.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يفلسون فيبيع عليهم السلطان، وليس ذلك عنده على هذا القول إلا في الرقيق ولا يكون عنده لأهل الميراث ولا لغيرهم لا باشتراط ولا بحكم، وهو ظاهر قوله هذا في المدونة[1].

وحمله اللخميّ قولاً مفرداً[2]، وهو نص ما في[3] كتاب محمد - أيضاً[4]- لقوله: وقال أيضا: لا تنفع البراءة[5] في الرقيق إلا في بيع السلطان في الدين[6]، فأما في بيع الميراث وغيره[7] فلا، وهذا قول[8]، ويدل[9] أنه بعد قول له آخر تقدمه؛ لقوله: **وقال أيضاً**[10].

وقوله فيها[11]: [(إذا أخبر أنه بيع ميراث فقد برئ)][12]، ولا يبرأ إن لم يخبر بذلك ولم يذكر البراءة، فتأمله فهو كما تقدم موضح[13] من غير الكتاب[14].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 381، و(العلمية): 3/ 366، و(السعادة/ صادر): 10/ 349، و(تهذيب البراذعي): 3/ 309.

(2) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4437.

(3) قوله: (الرقيق ولا يكون... نص ما في) ساقط من (ح).

(4) قوله: (أيضا) زيادة من (ح).

(5) قوله: (البراءة) زيادة من (م).

(6) في (ح): (في الديون).

(7) في (م): (وغيرها).

(8) قوله: (وهذا قول) ساقط من (ح).

(9) قوله: (قول، و) يقابله في (ر2): (فهذا).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 238 و239.

(11) في (ح) و(ر2): (فيه).

(12) انظر: المدونة (زايد): 7/ 381، و(العلمية): 3/ 366، و(السعادة/ صادر): 10/ 349.

(13) في (م): (موضحاً).

(14) تقدمت هذه الفقرة في (م) قبل القول الثاني.

القول الثالث: قوله في الموطأ: إنما[1] ينتفع بها[2] في الرقيق والحيوان[3].

وفي النوادر: أنه أمر[4] بمحو الحيوان منها[5].

وفي كتاب محمد: أنه ذكر له ذلك فقال: إنما أعني بالحيوان الرقيق[6].

فعلى هذا لا يكون خلافاً لكن في كتاب محمد له أنه يجوز[7] في الرقيق والحيوان فقط[8] على ظاهر الموطأ، ومثله في كتاب ابن حبيب[9].

القول الرابع: رواية ابن القاسم عنه في كتاب محمد أنها لا تنفع في الثياب والحيوان إلا في الشيء التافه غير المضر، وأما ما هو مضر فترد به[10]، ونحوه[11] في العتبية[12]، وعليه حمل قول المغيرة: إذا جاوز العيب الثلث فلا تنفع فيه البراءة[13] حينئذ، وهو مثل قوله في المدونة: [(أن البراءة لا تنفع لأهل ميراث ولا غيرهم إلا أن يكون عيباً خفيفاً)][14].

---

(1) في (ر2): (إنها).

(2) قوله: (بها) ساقط من (ر2).

(3) انظر: الموطأ: 2/ 613.

(4) قوله: (أمر) ساقط من (ر2).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 239.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 238 و239.

(7) قوله: (له أنه يجوز) يقابله في (ح): (أنه لا يجوز).

(8) قوله: (والحيوان فقط) ساقط من (ح).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 240 و241.

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 240.

(11) في (ر2): (ونحوه ونحوه).

(12) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 262.

(13) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 241.

(14) انظر: المدونة (زايد): 7/ 381، و(العلمية): 3/ 366، و(السعادة/ صادر): 10/ 349، و(تهذيب البراذعي): 3/ 309.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

[156/ أ] وقوله قبل هذا في الكتاب: ثم رجع، يدل أنه كان في قوله الأول الذي ذكره، يجيزه[1] في الكثير كما نصه في غيرها، وقد يحتمل أن يكون ما في الكتاب خلافاً لهذا؛ إذ[2] أصله في الكتاب الذي لم يختلف قوله[3] فيه: منع البراءة في غير الرقيق، وأن يرجع قوله هذا أو قولاه في الرقيق خاصة.

القول الخامس: قوله في كتاب ابن حبيب: أنها تلزم في الرقيق والحيوان والعروض، وكل شيء، قال: وهو[4] قوله الأول.

قال[5] ثم رجع فقال: لا تكون إلا في الرقيق[6].

فهذا يدل أنه[7] أول أقواله، كذا نقل أبو محمد المسألة في النوادر من قول مالك في العروض[8]، ولم ينقل فضل فيها العروض من قول مالك، إلا في الحيوان على ما في الموطأ، وعليه أحال.

قال: وبه أخذ ابن وَهْب من أصحابه وغيره، وإنما نقل جواز البراءة في العروض عن جماعة من السلف، فانظرها في أصل الواضحة.

القول السادس: أنه[9] إنما يجوز فيها فيما طالت إقامته عند الرجل،

---

(1) في (ر2): (يخبره).

(2) في (ح): (إذا).

(3) قوله: (يختلف قوله) يقابله في (م) و(ح): (يعلم وقوله).

(4) قوله: (هو) ساقط من (ح).

(5) قوله: (قال) ساقط من (ح).

(6) قوله: (والحيوان والعروض، ... لا تكون إلا في الرقيق) ساقط من (م).
انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 240.

(7) في (ر2): (إن).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 240.

(9) في (ر2): (إنه).

واختبره، وأما ما لم يطل ولم يختبر فلا، قاله في الواضحة والموازية وهو مثل قوله في المدونة في الجالب الذي يأتيه الرقيق، قال: [(فما أرى البراءة تنفعه)][1].

وظاهر سائر الروايات جوازها لأهل الميراث[2] والوصي والسلطان، خلاف هذا، ولجواز البراءة مما لا يعلمه[3] حال البيع[4]، قاله[5] عبد الملك وأصبغ.

قال عبد الملك: وقد يبيعون[6] ما ورثوا، ومنهم الغائب والقاضي.

زاد عبد الملك في ذلك في عقد[7] بيع البراءة: بيع الصفة في العبد الغائب، وما وهب من الرقيق للثواب[8].

القول السابع: قوله في المدونة الذي رجع إليه أن **البراءة لا تنفع في الرقيق**، يريد: ولا في غيره لا أهل[9] الميراث ولا لوصي ولا غيره

ظاهره لا في[10] بيع السلطان ولا غيره، وعلى هذا تأولها[11]

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 381 و382، و(العلمية): 3/ 366، و(السعادة/ صادر): 10/ 349.

(2) في (ح): (البراءة).

(3) قوله: (لأهل الميراث والوصي والسلطان... مما لا يعلمه) ساقط من (م).

(4) في (ح): (التبايع).

(5) في (ر2): (قال).

(6) قوله: (وقد يبيعون) يقابله في (ح): (ولم يبيعوا).

(7) في (ح): (عقود).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 242.

(9) قوله: (لا أهل) يقابله في (م): (لأهل).

(10) قوله: (في) ساقط من (ح).

(11) في (ح): (تأوله).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

اللخميّ[1]، ويدل عليها قوله في المسألة أول باب عهدة المفلس [(فيمن اشترى عبداً من مال رجل فلسه السلطان فأصاب به عيباً، قال: يرده على الغرماء)][2].

ويدل عليه - أيضاً - قوله في الباب الأول، وكان قوله القديم في الرقيق في بيع الميراث والسلطان في الفلس إلى آخر المسألة وأنه لا يلزم البائع بشيء مما أصابهم، فقوله القديم يدل أنه مما[3] اختلف قوله[4] في ذلك.

وقال في موضع آخر: [(ما وقفت مالكاً على هذا إلا ما أخبرتك من قوله القديم)][5]، وقد خالف في هذا التأويل جماعة، وتأولوا مسألة المفلس أنه كان عالماً[6] بالعيب، وعلم بعلمه.

وذكر أبو محمد بن أبي زيد[7] وابن الكاتب وغيرهما أنه لا يختلف قوله في بيع السلطان أنه[8] بيع براءة.

واستدلوا بقوله في الكتاب بعد ذكره اختلاف قول مالك في البراءة، وفي الميراث، وثبت قوله: أن بيع السلطان بيع براءة[9].

---

(1) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4437 وما بعدها.

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 385، و(العلمية): 3/ 369، و(السعادة/ صادر): 10/ 352.

(3) قوله: (مما) زيادة من (م)، وقوله: (أنه مما) يقابله في (ح): (أن قوله)

(4) قوله: (قوله) ساقط من (ح).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 382، و(العلمية): 3/ 367، و(السعادة/ صادر): 10/ 340.

(6) في (ر2) و(ح): (علم).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 239 و240.

(8) قوله: (أنه) ساقط من (ح).

(9) قوله: (واستدلوا بقوله... بيع براءة) ساقط من (ح).

وحكى القاضي أبو محمد رواية عن مالك أن البراءة لا ينفع اشتراطها في شيء ولا يبرأ البائع إلا مما يبرئه المبتاع[1].

وعللها بعض أصحابنا أن البيع[2] على[3] البراءة بيع[4] غرر، فهذا يبين اختلاف قول مالك في المسألة كلها.

القول الثامن: إن[5] البراءة لا تصح بشرط، وإنما تكون لمن يوجبها عليه[6] الحكم من بيع السلطان وأهل الميراث، وهو مثل قوله في المدونة، ولم تكن البراءة عند مالك - إذا كان يجيزها - إلا في الرقيق وحدهم[7] في المواريث، وما يبيع[8] السلطان للغرماء.

وتفسير مجمل[9] قوله في الموطأ: أن بيع البراءة لا يكون إلا للسلطان، وفي الميراث[10] والتفليس، فهذه رواية قد لخصها[11] الباجي[12]، وأشار إلى ما ذكرناه، ولعل ما ذكره عبد الوهاب راجع إلى هذا.

القول التاسع: قوله في الكتاب أول الباب: [(إن البراءة لا تكون إلا في

---

(1) قوله: (إلا مما يبرئه المبتاع) ساقط من (ح). وانظر: المعونة، للقاضي: 2/ 83.

(2) في (ر2): (بيع).

(3) قوله: (على) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (بيع) زيادة من (م).

(5) في (م): (أن).

(6) قوله: (عليه) ساقط من (ر2).

(7) في (ر2): (وحدها).

(8) قوله: (باع) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (محمد).

(10) في (ر2) و(ح): (المواريث).

(11) قوله: (قد لخصها) يقابله في (ح): (وقد يخصها).

(12) انظر: المنتقى للباجي: 6/ 72 و 73.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الرقيق ولا تنفع في غيرها كانوا أهل ميراث أو غيرهم)][1].

فظاهره ألا تكون إلا بشرط؛ لقوله: تنفع، ومثل هذا إنما يستعمل فيما قصد، فأما ما يوجبه الحكم فلا يقال فيه ينفع[2]، إنما يقال فيه: يكون[3] أو يصح[4]، فتأمله[5] فهو ضد القول المتقدم.

القول العاشر: قال ابن حبيب: من رأيه[6] إنا نأخذ بقول مالك الأخير فيما بيع طوعاً فلا يكون إلا في الرقيق، وأما ما باعه السلطان في فلس أو موت أو على أصاغر أو مغنم فنأخذ فيه بقوله الأول أنه بيع براءة في كل شيء من الرقيق والحيوان والعروض، وإن لم يشترط.

قال: وقاله مُطرِّف، وابن الماجشون، وأصبغ وغيرهم[7].

قال القاضي رحمه الله: هذا تحصيل الأقوال فيها على ما تقرر في الروايات في الكتاب وغيره؛ إذ لفظه في الكتاب متكرر متردد مختلف العبارة في مواضع شتى من أبواب[8] العهدة والبراءة، فرتبنا مشكله على ما فسر[9] في غيرها، إلا ما اختلف فيه التأويل في موضعين:

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 380 و 381، و(العلمية): 3/ 366، و(السعادة/ صادر): 10/ 349.

(2) في (ح): (تنفع).

(3) في (ح): (تكون).

(4) في (ح): (تصح).

(5) قوله: (فتأمله) ساقط من (ح).

(6) في (م): (روايته)، وفي (ح): (رواية).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 240 و 241.

(8) في (ح): (باب).

(9) في (ر2) و(ح): (ما تفسر).

أحدهما: [156/ ب] هل اختلف قوله[1] في بيع السلطان، هل هو بيع براءة أم لم يختلف قوله فيه أنه بيع براءة؟

الثاني: في اليسير، وقد[2] قال ابن الكاتب: إنه[3] لم يختلف قوله في اليسير وغيره جعله مختلفاً كما ذكرناه قبل، وهو ظاهر بعض روايات عموم المنع في الكتاب كما تقدم، والخلاف يظهر فيه منه؛ لأنه عمم[4] مرة منع الجواز، واستثني مرة اليسير.

قالوا ولم يختلفوا أن البراءة من عهدة الثلاث والسنة نافع لازم.

وقوله: [(ما باعه الورثة)][5]، وقوله: [(لو أن رجلا باع ميراثاً ولم يقل: أبيع بالبراءة فباع وأخبر أنه ميراث؛ فقد برئ، وإن لم يقل قد برئت)][6].

قال الباجي: ما باعه الورثة المشتركون إذا دعا[7] بعضهم إلى البيع أو جميعهم فليس من بيع البراءة في شيء، وهم كجماعة اشتركوا[8] في رقيق.

وكذلك بيع الوصي على اليتيم لحاجة الإنفاق وهو كبيع الأب على ابنه[9]، وإنما يكون بيع براءة على ما قال، وإن لم يبين ما بيع من التركة للديون،

---

(1) في (ر2): (قوله).

(2) في (ر2) و(ح): (فقد).

(3) قوله: (إنه) ساقط من (ح).

(4) في (م): (عم).

(5) انظر: المدونة (زايد): 10/ 167، و(العلمية): 4/ 346، و(السعادة/ صادر): 15/ 34.

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 382، و(العلمية): 3/ 367، و(السعادة/ صادر): 10/ 350.

(7) قوله: (دعا) ساقط من (ح).

(8) قوله: (اشتركوا) يقابله في (م): (لم يشتركوا).

(9) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 73.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وتنفيذ الوصايا.

وقال غيره خلافه، وأن معنى مسألة الكتاب أنه ما باعه الورثة ليقسموا[1] ثمنه، فأما ما اقتسموه بينهم من رقيق الميت أو حبسه الوصي للأيتام ثم[2] بيع ففيه العهدة.

وقوله[3] في الكتاب: [(فيما يستأجر[4] الناس من النخاسين - إلى قوله[5] -: والذين[6] يبيعون في الحوانيت[7]، والذين يبيعون[8] المتاع للناس يجعل لهم الجعل فيبيعون، والذي يبيع ممن[9] يزيد من غير ميراث يستأجر على الصياح فيوجد شيء مسروق من ذلك أو به العيب: لا ضمان عليهم)][10].

كذا في روايتنا وأكثر الأمهات.

وفي بعض النسخ زيادة[11] قبل قوله **والذي يبيع فيمن يزيد** ما هذا نصه: (والذي يبيع في السوق الثياب للناس مثل الصاحة، وهؤلاء النساء الذين يبيعون على الدور ما دفع إليهن[12] من الثياب والحلي

---

(1) في (ر2): (ليسموا).

(2) قوله: (ثم) ساقط من (ح).

(3) في (ح): (قوله).

(4) في (ح): (استأجر).

(5) في (ح): (أي قوله).

(6) في (ح): (الذين).

(7) في (ر2): (المواريث)، وقوله: (في الحوانيت) ساقط من (ح).

(8) قوله: (والذين يبيعون) زيادة من (ر2).

(9) في (ر2) و(ح): (فيمن).

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 387، و(العلمية): 3/ 370، و(السعادة/ صادر): 10/ 353.

(11) قوله: (يستأجر على الصياح فيوجد... زيادة) ساقط من (ح).

(12) في (ر2): (إليهم).

والجواهر[1] مثل نساء مصر التي تدفع إليهن[2] الأموال فيبعن[3] على الدور في الأسواق فيستحق عليهم ما باعوه،[4] على من ترى أن يرجعوا بالأثمان التي دفعوا؟

فقال: على أرباب المتاع.

فقلت لمالك: فإن ادعوا تلف ما دفع إليهم، وقد قلت لي إنهم ضامنون لما دفع إليهم، أي: القيمة تلزمهم[5]، أقيمة[6] المتاع يوم قبضوه، أم قيمته يوم تلف؟

قال: بل قيمته يوم قبض المتاع.

قلت: والذي يبيع فيمن يزيد...) ورجع إلى مسألة الكتاب والجواب المتقدم.

كذا كانت مخرجة في كتاب ابن عيسى، وكتب عليها في رواية: وهو تخليط في الجواب، واضطراب من القول، وما لا يعرف من مذهبه، ومذهب أصحابه من تضمين هؤلاء إلا ما وقع لأصبغ في الثمانية أن العهدة في رد العيب والدرك على متولي البيع، إلا أن يشترط عند البيع اشتراطاً بيناً أنه لا عهدة ولا تباعة عليه، ولكن على ربها، وتعاملا على ذلك؛ فحينئذ تسقط عنه العهدة، فكأنهم عند أصبغ وفي هذه الزيادة[7] كالصناع لما نصبوا أنفسهم

---

(1) في (ر2): (والجوهر).

(2) في (ر2): (إليهم)، وقوله: (التي تدفع إليهن) ويقابله في (ح): (الذين يدفع إليهم).

(3) في (ح): (فيبيعون).

(4) في (ر2) و(ح): (باعو).

(5) في (ر2) و(ح): (تضمنهم).

(6) في (ح): (قيمة).

(7) في (م): (المزيادة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لذلك لمصلحة الكافة في ذلك، وللوجه الذي ضمن له الصناع[1].

والمعروف من قول مالك وأصحابه في السماسرة والمأمورين والوكلاء أنهم لا يضمنون؛ لأنهم أمناء، وليسوا بصناع، سواء كانوا[2] بحوانيت[3] أم لا، كذا جاء في أمهاتنا، وأجوبة شيوخنا[4].

فقال في المدونة في كتاب الجعل في باب جعل السمسار [(في الرجل يدفع للبزاز المال يشتري له بزاً، ويجعل له في كل مائة يشتري بها ثلاثة دنانير: لا بأس بذلك.

قال: وإن[5] ضاع المال فلا شيء عليه)][6].

وفي كتاب الرواحل: [(وكل شيء دفعته إلى أحد من الناس، وأعطيته على ذلك أجراً فهو فيه مؤتمن، إلا الصناع الذين يعملون في الأسواق)][7].

وقال في العتبية: فيمن استؤجر على شراء متاع فزعم أن الثمن ضاع: يحلف[8].

قال بعضهم: ويدل أنه لا ضمان عليهم، إسقاط مالك وابن القاسم

---

(1) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 772.

(2) زاد في (م): (أرباب حوانيت).

(3) قوله: (بحوانيت) ساقط من (م).

(4) انظر: مسائل ابن رشد: 540.

(5) في (ر2): (فإن).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 117، و(العلمية): 3/ 466، و(السعادة/ صادر): 11/ 456، و(تهذيب البراذعي): 3/ 389.

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 170، و(العلمية): 3/ 498، و(السعادة/ صادر): 11/ 491.

(8) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 90 و91.

الضمان عن المؤاجر بالتجر في المال في كتاب الجعل والإجارة، وعن الذي اشترى السلعة على أن يتجر بالمال؛ لأنه قال: إن شرط إنه[1] إن ضاع المال أخلفه له[2] فهذا يدل على أنه لا يضمنه.

قال الداودي[3]: لاضمان عليهم، إلا أن يخرجوا به من السوق، وإن كانوا متهمين، وقاله أبو محمد بن أبي زيد، وقال: يحلف إن اتهم.

وقال القابسي: في الرجل يبعثه الرجل يطلب له ثياباً فيضيع منها ثوب: إن ضمانه على الآمر، إذا اعترف بإرساله أو ثبت[4] عليه، ويحلف السمسار ما فرط ولا خان.

ورأيت له أيضاً في جواب آخر في مثله[5] إذا كان معروفاً بالسمسرة فهو أمين لهما[6]، فإن ادعى تلفه قبل أن يوصله إلى الآمر صدق، وكذلك [157/ أ] إن قال: وصلته، ولم يختره فأخذته فذهب في رده.

وإن قال: تلف عند الآمر، فالآمر ضامن إن أقر له، وإلا فالسمسار ضامن.

وقال أبو محمد أيضاً في الرجل يدفع إلى الصراف[7] الدنانير أو الحلي[8] ليصرفها له أو الرقيق أو الدواب للنخاس[9] بأجر أو بغير أجر فيقولون ذهب

---

(1) قوله: (إنه) زيادة من (م).
(2) قوله: (له) ساقط من (ح).
(3) في (ح): (الراوي).
(4) في (ح): (ويثبت).
(5) في (م): (مسألة).
(6) في (م): (لها).
(7) في (ر2): (الطواف).
(8) في (ح): (والحلي).
(9) في (ح): (للنخاسين).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أو سقط منا[1]، أو بعنا وسقط الثمن، أو بعنا من هذا الرجل وهو يجحد؛ فقال: القول قول الوكلاء على ما ذكرت مع أيمانهم، إلا في قولهم: بعنا[2] من هذا الرجل وهو يجحد فهم ضامنون، إلا أن يقيموا البينة بالبيع، وقبض السلعة، إلا أن يكون هؤلاء الوكلاء[3] من السماسرة الطوافين[4]، الذين عادتهم ألا يشهدوا على ذلك، فالقول قولهم مع أيمانهم ولا ضمان عليهم.

وقال أبو عمر بن الشتات[5] في دعوى السمسار: رد الثوب إلى صاحبه، وقد طلبه منه ليعرضه، ورب الثوب ينكر أنه لا ضمان على السمسار ولا شيء عليه في دعوى ضياعه ولا فيما حدث فيه في يده من عيب، ويحلف إن اتهم، إلا أن يأخذه ببينة فلا يبرأ إلا بها[6].

قال: وكذلك الذي يعقد على بيع الثياب للناس في السوق[7].

وقوله: [(في بيع السلطان على المفلس عبداً أعتقه ثم ظهر به عيب قديم إذا علم[8] أن[9] البائع قد علمه؛ رده المبتاع على الغرماء)][10]، فتأمل هذا فهو

---

(1) في (ح): (هنا).

(2) في (ح): (هنا).

(3) قوله: (الوكلاء) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (والطوافين).

(5) في (ر2): (ابن القباب)، وقوله: (بن القباب) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (ببينة).

(7) قوله: (قال: وكذلك... في السوق) ساقط من (م). وانظر: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، ص: 165.

(8) قوله: (إذا علم) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (وأن).

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 389، و(العلمية): 3/ 372، و(السعادة/ صادر): 10/ 355.

يدل أنه لا يقبل فيه قول البائع هنا ولا يرد بقوله على الغرماء، وكذاك[1] حكى محمد عن أشهب؛ قال: وإن شاء رده المبتاع على المفلس[2].

وقوله بعد هذا في آخر المسألة: [(لأن البيع لم يتم حين وجد به عيباً رده)][3]؛ يبين أن ابن القاسم لا يخالف أَشْهَب[4] في أن الرد بالعيب نقض بيع كما نص عليه أَشْهَب في كتاب الاستبراء[5]، وخلافهما[6] هناك، وهنا سيأتي تفسيره[7] في كتاب الاستبراء، وتأمل قوله: **فإذا انقضت أيام العهدة الثلاث.**

ظاهره ما نصه ابن القاسم في غير الكتاب أن الثلاثة أيام محسوبة بنفسها غير يوم العقد، وأن بقية يوم العقد ملغى، وإن كان أكثر النهار، وهذا أصله في العقيقة، وإقامة المسافر والعدد[8]، خلاف قول غيره من اعتبار ذلك من حين وقت العقد من أول يوم إلى مثله من الرابع تتمة ثلاثة أيام، وهو قول، وخلاف من[9] اعتبار من اعتبر مُضِي أكثر النهار فيلغى أو اعتبار بقية جله فيحسب يوماً كاملاً بنفسه، وهو قول.

---

(1) في (ح): (كذا).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 409.

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 389، و(العلمية): 3/ 372، و(السعادة/ صادر): 10/ 355.

(4) قوله: (قال: (وإن شاء رده المبتاع على المفلس... أشهب) ساقط من (ح).

(5) قوله: (الاستبراء) ساقط من (ح).

انظر: المدونة (زايد): 5/ 215، و(العلمية): 2/ 371، و(السعادة/ صادر): 6/ 129.

(6) في (م): (وخالفهما).

(7) في (م) و(ر2): (تفسير).

(8) قوله: (والعدد) ساقط من (ح).

(9) قوله: (من) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله: [(إذا كان يخنق رأس كل شهر[1] هلال[2] قال: يرده)][3].

اعترض بعضهم على هذا، وقال: كيف تصح المسألة، ورضاه به[4] في مدة هذه الأهلة يمنع القيام بالعيب، فقد يحتمل أنه اعتراه هذا في الإيقاف بعد أن أقام لأول ما رآه فأوقفه للخصومة أو أمسكه وهو مخاصم فيه أثناء ذلك أو شك فيه لأول ما ظهر به، أهو جنون أم لا؟ فاستبان بتكراره في رؤوس الأهلة أنه جنون.

تم كتاب الرد بالعيب.

(1) قوله: (شهر) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) قوله: (هلال) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة: (زايد): 7/ 392، و(العلمية): 3/ 373، و(السعادة/ صادر): 10/ 356.

(4) قوله: (به) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الاستبراء

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الاستبراء

أصل اشتقاقه من التبري وهو الانفصال والتخلص[1]، ثم استعمل في الاستقصاء والبحث والكشف عن[2] الأمر الغامض لينفصل فيه عن يقين منه وحقيقة أو عن يأس[3].

واستعملها الفقهاء في هذه المعاني في كل شيء وخصصوا المجرد[4] منه، وتسميته كتابه بالكشف عن حال الأرحام، عند انتقال الأملاك، حتى يعلم تخليصها من الحمل أو شغلها به، بالعلامات التي جعلها الله تعالى لذلك؛ مراعاة لحفظ الأنساب، واحتياطا لاختلاط الزرع، وتمييز النسل، وهو لوجهين[5]:

أحدهما: لتمييز ماء البائع من ماء المشتري، وذلك في كل موطوءة للبائع، إذا لم يستبرئها أو ما هو في حكمها أو في العلي التي يحط الحمل من ثمنها كثيراً، وإن لم توطأ، أو استبرأها لنفسه البائع قبل بيعها وهو مستحب له، فاستبراء[6] هؤلاء[7] بالمواضعة.

ومعنى هذه الكلمة بالإيقاف[8] مدة الاستبراء وهو وضع هذه الجارية على يد ثقة، حتى يظهر براءة رحمها من شغل الحمل، وتحل للمشتري، وهذا

(1) قوله: (التخلص) ساقط من (م).

(2) في (ح): (على).

(3) في (م): (إياس).

(4) في (ح): (بمجرد).

(5) في (ر2): (لوجهتين).

(6) في (م): (فاستبراؤها).

(7) قوله: (هؤلاء) ساقط من (م).

(8) قوله: (الكلمة بالإيقاف) يقابله في (ح): (بالإياب).

الاستبراء واجب.

وحكم هذه في هذه المدة حكم ما لم يخرج من ملك البائع، ونفقتها عليه[1]، ومصيبتها منه؛ لأنه لما كان استبراؤها وإيقافها بسببه من أجل مائه أو من أجل خلوص سلعته العلية من الحمل، كان تمام بيعها، إنما كان يوم براءتها من ذلك، ولم يتم العقد [157/ ب] المتقدم إلا الآن، ومن حينئذ يضمنها المشتري.

والاستبراء الثاني: في غير هذه ممن لا يتواضع فيمن لم يعترف[2] البائع بوطئها من وخش الرقيق أو ممن[3] لا ينقصه[4] الحمل[5] من علية؛ كالمتزوجة المطلقة والزانية فهؤلاء لا استبراء فيهن، إلا أن يريد مشتريها وطأها منهن فواجب[6] عليه استبراؤها[7]؛ احتياطا لما في نفسه مما لعله أحدثته[8]، ولا مواضعة في هذه[9]، وضمانها من مشتريها من يوم الصفقة، إلا أن تكون ثم عهدة الثلاث؛ فمن يوم تمامها، ولما كانت التي هي في عظم دمها ظاهرة البراءة من حمل من السيد وغيره، كان ذلك على مشهور المذهب براءة لها، ولم يحتج[1]

---

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (لم يعرف).

(3) في (ح): (من).

(4) في (م): (ينقصها).

(5) قوله: (الحمل) ساقط من (م).

(6) في (ح): (ما وجب).

(7) في (ح): (الاستبراء).

(8) قوله: (لعله أحدثته) يقابله في (م): (لعلها أخذته).

(9) في (م): (عدة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يحتج[1] إلى مواضعة ولا تجديد استبراء، خلافا لما حكاه ابن شعبان وفضل عن أَشْهَب: أن المبيعة في عظم دمها لا بد لها من الاستبراء والمواضعة، وهي عندنا وعند جماعة من العلماء موضوعة لبراءة الرحم كما ذكرنا، وللتعبد[2] المحض، ولذلك يلزمه المشتري لمن تحقق براءة رحمها، إلا أن تكون في أمانته.

وذهب بعض العلماء إلى أنها لبراءة الرحم خاصة، فمتى حقق براءة الرحم لم يلزم استبراؤها[3]، وإلى هذا نحا بعض أئمتنا، وعلى هذين القولين الاختلاف في استبراء العذراء.

وقوله: [(أرأيت إن اشتريت جارية فمنعني[4] صاحبها أن أقبضها[5] حتى أدفع إليه الثمن: إن حيضها عند البائع لا يبرئها من المواضعة)][6]، وقد قال في المسألة: [(إن[7] على البائع المواضعة)][8]، فدل أن المسألة مما لا يجوز اشتراط النقد فيها، فكيف يمنعه حتى يقبض ما لا يلزمه؟ فهذا لفظ لم يقصد، والله أعلم.

---

(1) في (ح): (ولم تحتج).

(2) في (ح): (والتعبد).

(3) في (ح): (استبراؤ).

(4) في (ح): (فمعنها).

(5) في (م): (أدفعها).

(6) انظر: المدونة (زايد): 5/ 207، و(العلمية): 2/ 367، و(السعادة/ صادر): 6/ 123، و(تهذيب البراذعي): 2/ 458.

(7) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 5/ 207، و(العلمية): 2/ 367، و(السعادة/ صادر): 6/ 123، و(تهذيب البراذعي): 2/ 458.

وقد قيل: لعله أراد: حتى توقف له على يد غيره[1]، فإذا كان هذا فهو وفاق لظاهر ما في البيوع الفاسدة من إيقافه، ومثله في الواضحة والمجموعة والموازية[2]، وذلك أن الثمن في مقابلة المثمون فلما وقف المثمون وقف الثمن.

وقال في العتبية والمبسوط: لا يحكم بوضع الثمن وإيقافه ولا يجب إخراجه حتى تحل له الأمة بخروجها من الاستبراء[3].

وقد قيل: إنه ظاهر ما هنا؛ لأنه لم يذكر[4] إلزامه إيقافه الثمن[5]، وما في آخر الكتاب يدل عليه؛ لقوله واشتراط[6] إيقافه، ولو أوجبه[7] الحكم لم يحتج إلى شرط، ووجهه أنه لا يتوجه له مطالبة المشتري بالثمن، إلا بعد تسليم السلعة له.

قال ابن محرز: وعلى الاختلاف في هذا يجري الخلاف[8] في إيقاف[9] الثمن في السلعة الغائبة.

قال القاضي رحمه الله: وقد مضى[10] الكلام عليها في كتاب الغرر.

والاختلاف عندهم في هذا الباب مبني على الخلاف فيمن يبدأ بالتسليم،

---

(1) قوله: (يد غيره) يقابله في (م): (يدي عدل).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 6.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 4/ 82.

(4) في (ح): (يذكره).

(5) قوله: (الثمن) زيادة من (ح).

(6) في (ر2): (اشترط).

(7) في (ح): (أوجب).

(8) في (ح): (الاختلاف).

(9) في (ر2): (إيقاع).

(10) قوله: (وقد مضى) يقابله في (ح): (وقدمنا).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

هل البائع[1] لسلعته، وهو صاحب المثمون[2]، أو المشتري، وهو صاحب الثمن[3]، أو لا يبدأ أحدهما على صاحبه، ويتعاطيان[4] معاً؟ والله أعلم.

وقوله في: [(المستحقة بحرية من مبتاع، وقد وطئها: لا صداق عليه)][5].

عارضها بعضهم بمسائل وقعت له بخلافها[6]؛ فعارضها سحنون بمسألة الأختين في كتاب النكاح، وقال: من[7] قال فيها إذا دخلت كل واحدة منهما على غير زوجها فعليه لها الصداق، وبهذا قال - في المستحقة بحرية- المغيرة، وعبد الملك: أن لها على سيدها الواطئ لها صداق مثلها[8].

وقوله: [(يسأل النساء؛ فإن قلن إن الدم يكون يوماً أو بعض يوم حيضاً، كان استبراء، وإلا فلا)][9]؛ أراه استبراء.

قال محمد: وهذا إذا ثبت أن ذلك عادتها، وإلا لم يجزها هذا الدم، وإن[10] قال النساء إنه يكون استبراء، ومعناه أنها لا تصدق هي ولا بائعها أن تلك

---

(1) قوله: (هل البائع) ساقط من (ح).

(2) قوله: (وهو صاحب المثمون) يقابله في (ح): (أو هو وصاحب الثمن).

(3) قوله: (أو المشتري وهو صاحب الثمن) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (ويعاطيان).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 376، و(العلمية): 4/ 200، و(السعادة/ صادر): 14/ 382، و(تهذيب البراذعي): 4/ 11.

(6) في (م): (تخالفها).

(7) في (م) و(ر2): (قد).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 13/ 116.

(9) انظر: المدونة (زايد): 5/ 209، و(العلمية): 2/ 368، و(السعادة/ صادر): 6/ 124، و(تهذيب البراذعي): 2/ 459.

(10) في (ح): (وأما).

عادتها حتى يكون ذلك معلوماً.

قال سحنون: وهذا مثل قوله في رواية ابن وهب في المطلقة إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة: أنها[1] لا تحل للأزواج، ولا تبرأ إلا[2] من زوجها حتى يعلم أنها حيضة صحيحة[3]، وهي رواية أَشْهَب أيضاً وهي خير من قول ابن القاسم.

قال القاضي رحمه الله: وهذا مذهب ابن المَوَّاز وابن حبيب: أنها لا تدخل في ضمان المشتري حتى تستمر في الحيض[4].

وظاهر مذهب ابن القاسم في هذا الكتاب وفي[5] كتاب إرخاء الستور أن بأول قطرة من الدم تنقضي[6] مواضعتها، وتتم عهدتها[7]، وقد قال هنا - في غير موضع -: من أول ما تدخل في[8] الدم فمصيبتها من المشتري، وهي[9] من البائع حتى تدخل في أول دمها.

وقد اختلفوا؛ هل[10] هذا كله من قولهم وفاق أو هو[11] خلاف

---

(1) قوله: (أنها) ساقط من (ح).

(2) زاد في (م): (إلا).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 5/ 384.

(4) في (م): (الحيضة). وانظر: النوادر والزيادات: 5/ 12.

(5) قوله: (في) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (تقتضي).

(7) في (ر2) و(ح): (عدتها).

(8) قوله: (في) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (وهنا).

(10) في (ح): (في).

(11) قوله: (هو) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والصحيح أنه خلاف، وأن قول ابن القاسم أولى[1] وأصح، وقد بيناه في كتاب إرخاء الستور.

وقوله: [(إن انقلبت بالجارية ثم أقالني، يعني بائعها، قال: إن لم يكن في مثل ما غاب عليها المشتري أن تحيض [158/ أ] فلا مواضعة؛ لأنها إن[2] هلكت في مثل هذا كانت من البائع، ولا يطؤها[3] البائع حتى يستبرئ، إلا أن يكون دفعها إليه على الاستبراء فلا يكون على البائع استبراء، إذا ارتجعها)][4].

قال بعضهم: هذا يدل على خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب[5].

قال القاضي رحمه الله: بهذا فسر فضل ما في كتاب ابن حبيب على نحو ما في المدونة[6]، لكن في كتاب محمد: إن كانت بيد أمين بعد أن خرجت من الاستبراء وحلت بأيام فأربحه فيها البائع؛ فله أخذها، ووطئها مكانه، وكذلك لو ولاها لأجنبي.

قال أبو محمد: وهذا خلاف ما في[7] المدونة[8].

---

(1) في (م): (أولا).

(2) في (ح): (لو).

(3) في (ر2): (يطؤ)، وفي (ح): (ولا يطر).

(4) انظر: المدونة (زايد): 5/ 210، و(العلمية): 2/ 368، و(السعادة/ صادر): 6/ 125، و(تهذيب البراذعي): 2/ 461.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 14.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 14.

(7) قوله: (ما في) ساقط من (ح).

(8) انظر: النوادر والزيادات 5/ 13.

وقوله: [(إن استقاله في آخر دمها فعليه أن يستبرئ لنفسه وله المواضعة على المقيل)][1].

قالوا: هذه المسألة إنما تصح إذا كان البائع قد نقد، وأوقف الثمن، وإلا فلا تصح الإقالة؛ إذ بخروج الجارية من المواضعة، ورؤيتها أول الدم، وجب للبائع الثمن على المشتري فأخذ به جارية تتواضع، وهو لا يجوز عند ابن القاسم، وروايته على ما تقدم في البيوع.

وقوله في: [(المغصوبة أحب لسيدها[2] ألا يمسها حتى يستبرئ[3])][4] أحب هنا على الوجوب، وهو بيّن أول الكتاب، قال: وعليه أن يستبرئها[5].

قالوا: وعلى الغاصب نفقتها، ومنه ضمانها حتى تخرج.

قالوا ويلزم هذا فيمن زنا بأمة رجل، طائعة أو مكرهة؛ لأن طوعها لا يبطل حق سيدها.

وقول ابن القاسم في الرد بالعيب: [(إذا كانت خرجت من الحيضة عليه الاستبراء، وضمانها من المشتري)].

قال في كتاب ابن حبيب: إلا أنها إن ماتت في هذه المواضعة رجع المشتري

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 5/ 211، و(العلمية): 2/ 369، و(السعادة/ صادر): 6/ 126، و(تهذيب البراذعي): 2/ 462.

(2) قوله: (لسيدها) يقابله في (ر2): (إلى سيدها).

(3) في (ح): (يشتري).

(4) انظر: المدونة (زايد): 5/ 215، و(العلمية): 2/ 371، و(السعادة/ صادر): 6/ 128، و(تهذيب البراذعي): 2/ 456.

(5) في (ح): (يشتريها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بقيمة العيب[1].

وقال أَشْهَب: لا تكون عليه مواضعة[2]؛ لأن الرد بالعيب نقض بيع، وليس هو بيعاً[3] ابتداء.

قال: ولكنها تتواضع ليعلم أبها حمل أم لا؟ فإن ماتت فهي من المشتري.

قال مشايخنا: لا يختلف قول[4] ابن القاسم وأَشْهَب أن الرد بالعيب[5] نقض بيع، ولكن من حجة ابن القاسم أن يقول البائع للمشتري: أخذتها سليمة الرحم فردها كذلك، فإنك حزتها ولا أدري ما أحدثت عندك، وقد ذكر بعضهم اضطراب ابن القاسم في هذا الأصل، وأشار اللخميّ أنه اختلاف من قوله[6].

وقول ابن القاسم في رد السمسار الجعل في المردود بعيب، يدل أنه عنده نقض بيع، وكذلك قال في كتاب الصرف، إذا وجد الدراهم زيوفاً، وقد أشار بعضهم إلى أنهما يختلفان، هل الرد بالعيب نقض بيع أو ابتداء بيع ؟

وكذلك في كتاب الصرف[7] من هذه المسألة وغيرها، وهو بعيد في التخريج والاستقراء وغير صحيح في النظر.

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 427.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 273.

(3) قوله: (بيعا) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (قول) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (إذا كانت خرجت... بالعيب) ساقط من (ح).

(6) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4517 وما بعدها.

(7) قوله: (وكذلك في كتاب الصرف) زيادة من (ر2).

وكيف يقال: إنه ابتداء بيع وهو مما يكون غلبة[1]، وحكماً، وهل يوجد[2] بيع ينعقد بالإجبار؟

وأما الرد فيصح بالإجبار[3]، إلا أن[4] يقال: إن هذا إنما يعترض[5] ويتصور من مسائل الرد بالعيب فيما تراضوا عليه فهو ما لم يفصله[6] أحد منهم، ويبعد حتى الآن لأن[7] من رده، إنما رده على الوجه الذي يقتضيه الحكم، ويوجبه إن اضطر إليه، وأما الإقالة فنعم تلك التي يصح فيها تخريج القولين، وتأويل العلتين؛ إذ هي بتراضٍ[8] من المتبايعين.

وقوله في الكتاب: [(والضمان لازم على البائع[9] لا يسقط بقول الجارية إلا بالبينة العادلة التي تجوز في مثله)][10]، يعني من النساء، وظاهره أنها شهادة لا يجوز فيها أقل من اثنين على أصله في شهادة النساء.

وقوله بعد هذا: [(أو تبرئة[11] المشتري مما له أوقفت)][12] يريد: يسقط

---

(1) في (م): (عليه).

(2) في (م): (يرجع).

(3) قوله: (بالإجبار) يقابله في (ر2): (الإجبار فيه)، وقوله: (وأما الرد فيصح بالإجبار) ساقط من (ح).

(4) قوله: (أن) ساقط من (ح).

(5) قوله: (إنما يعترض) يقابله في (ح): (مما).

(6) في (ح): (يعطه).

(7) قوله: (لأن) زيادة من (م).

(8) في (ح): (تراض).

(9) قوله: (على البائع) يقابله في (م): (للبائع).

(10) انظر: المدونة (زايد): 5/ 218، و(العلمية): 2/ 373، و(السعادة/ صادر): 6/ 130، و(تهذيب البراذعي): 2/ 463.

(11) في (ح): (وتبرئة).

(12) انظر: المدونة (زايد): 5/ 218، و(العلمية): 2/ 373، و(السعادة/ صادر): 6/ 130، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عنه حكم العهدة والطلب بعيب الحمل وغيره بعد تمام العقد كما قال ابن القاسم في كتاب ابن عبدوس، وهو جائز؛ لأنه حق أسقطه، وعيب رضي بالتزامه والعهدة وقعت صحيحة[1] كما قال في الباب الأخير[2] في الكتاب إذا اشتراها وهي من علية الرقيق فأراد أن[3] يزوجها؛ أن له ذلك إذا باعها منه على أنه لم يطأ، وله أن يقبلها بعيب الحمل إن ظهر ويزوجها، ويطأها زوجها دون استبراء، وله الرضى بحمل إن ظهر فيها، وليس للبائع حجة، إلا أن يدعي الحمل، ويستلحقه[4]، ولم يجز ذلك سحنون، ورأى أن المشتري إنما أسقط[5] حقه في المواضعة ليعجل[6] المنافع، ويلزم على ما قاله ابن القاسم، إذا رضي المبتاع بذلك[7] نقد الثمن الآن؛ إذ لم تبق[8] علة لتوقيفه، ولا يجوز على قول سحنون، وتعليله بتعجيل المنفعة والصواب ما قاله ابن القاسم.

وقوله: [(في مشتري الجارية من علي الرقيق فيشترط قبضها وحوزها كما يقبض الوخش.

قال: المواضعة بينهما، ولا يفسخ شرطهما البيع[9] إذا لم يكن باعها على =

و(تهذيب البراذعي): 2/ 463.

(1) قوله: (كما قال ابن القاسم ... صحيحة) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (الآخر).

(3) قوله: (أن) زيادة من (ر2).

(4) قوله: (ويستلحقه) ساقط من (ح).

(5) في (ح): (سقط).

(6) في (ح): (ليعمل).

(7) زاد في (ر2): (إذ تبق).

(8) قوله: (إذ لم تبق) ساقط من (ر2) و(ح).

(9) قوله: (ولا يفسخ شرطهما البيع) ساقط من (ح).

البراءة من الحمل[1]، ويسلك بها سبيل من لم يشترط استبراء في المواضعة)][2].

كذا عندنا في المدونة، وكذا روايتنا، وكذا وقع في الأسدية.

قال بعضهم: هذا لفظ فيه تجوز، وإنما صوابه: ويسلك بها سبيل من لم[3] يشترط رفع الاستبراء.

وقد اختصر هذا اللفظ المختصرون أو أكثرهم، وحرفوه[4]، وهو عندي صحيح لا فرق بينه وبين ما أصلحه هذا فيه، وذلك أنه إنما أراد أن اشتراطه وغير اشتراطه سواء لا يفسد العقد، ويبطل الشرط، فهو كمن لم يشترط شيئاً وأهمل العقد ولم يذكر استبراء؛ فإن الحكم يوجبه، ومثله في الواضحة، وسواء كان ذلك عمداً أو جهلاً بالسنة منهما.

وفي كتاب محمد: أن هذا الشرط من[5] قصد إسقاط الاستبراء يفسد العقد، وقاله الأبهري، وعلى هذا مقتضى ما في المبسوط أن ضمانها من المشتري أبداً.

وقوله هنا: [158/ ب] [(إذا لم يكن باعها على البراءة من الحمل)][6] يبين اختلاف جوابه في المسألتين، وأنه إذا شرط[7] البراءة من الحمل عنده في

---

(1) قوله: (من الحمل) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 219، و(العلمية): 2/ 372، و(السعادة/ صادر): 6/ 131، و(تهذيب البراذعي): 3/ 464.

(3) قوله: (لم) ساقط من (ر2).

(4) في (م): (حذفوه).

(5) قوله: (الشرط من) يقابله في (ح): (الشرطين).

(6) انظر: المدونة (زايد): 5/ 220، و(العلمية): 2/ 372، و(السعادة/ صادر): 6/ 131، و(تهذيب البراذعي): 2/ 464.

(7) في (ر2): (اشترط).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

العلي يفسد العقد، وتكون مصيبتها من المشتري أبداً، وجاوب في هذه في كتاب محمد: الشرط باطل والعقد جائز[1].

وقال ابن عبد الحكم: العقد جائز والشرط جائز[2] على ما رجع إليه من البراءة من الجنون والجذام والبرص، وليس هذا بأشد من الحمل، وكذلك لو تبرأ من الحمل، وهو معروف بالوطء، فجعله هنا فاسداً وهو بيّن.

وذهب ابن حبيب في هذه إلى صحة البيع، وإبطال[3] الشرط[4]، والمسألة عندهم جارية على مسألة البيع والشرط.

ووقع في الكتاب في باب استبراء الأمة تتزوج بغير إذن سيدها: قول[5] بعض الناس: هو نكاح؛ ثبت في كثير من النسخ، وفي كتاب ابن المرابط: وسقط.

وقوله في: [(مشتري زوجته قبل أن يطأها[6] أو بعد وطئه: لا استبراء عليه)][7].

وقال ابن كنانة - في غير المدخول بها-: يستبرئها.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 10، والبيان والتحصيل: 4/ 85.

(2) قوله: (وقال ابن عبد الحكم العقد جائز والشرط جائز) ساقط من (ح).
انظر: البيان والتحصيل: 4/ 85.

(3) في (ح): (أبطل).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 10.

(5) في (ح): (قال).

(6) في (ح): (يطأ).

(7) انظر: المدونة (زايد): 5/ 220، و(العلمية): 2/ 372، و(السعادة/ صادر): 6/ 132، و(تهذيب البراذعي): 2/ 464.

قال ابن القاسم: لا يكون[1] اليوم حلالاً، وغداً حراماً لم يزدها استبراؤها إلا خيراً.

وقوله: [(فإن دخل بها، ثم استبرأها[2]، ثم باعها قبل وطئها، فإن المشتري يستبرئها بحيضتين؛ لأنها عدة)][3] على اختلاف من مالك في هذا الأصل، وله: تجزئها[4] حيضة.

قالوا في هاتين الحيضتين: لأن[5] الأولى للمواضعة والثانية للعدة.

وكتبت[6] عن ابن عتاب: أن المواضعة في الحيضتين معاً، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين ونص ما في كتاب ابن عبدوس[7]، وذلك لأنه[8] إن ظهر بها حمل فيهما صارت أم ولد للبائع، بخلاف بيع[9] ذات الزوج التي لا مواضعة فيها ولا رد بعيب من الحمل.

وقوله: [(يستبرئها المشتري بحيضتين - لفظ مشكل ليس على أصله الذي بينه بعد هذا بقوله:- ولو اشتراها، وقد حاضت بعد طلاقه[10]، حيضة، ثم باعها

---

(1) في (ح): (تكون).

(2) في (م) و(ح): (اشتراها).

(3) انظر: المدونة (زايد): 5/ 221، و(العلمية): 2/ 375، و(السعادة/ صادر): 6/ 133، و(تهذيب البراذعي): 2/ 465.

(4) قوله: (وله تجزئها) يقابله في (م) و(ح): (ولم يجزيها).

(5) في (م): (أن).

(6) في (م): (وكتب).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 5/ 20.

(8) قوله: (لأنه) ساقط من (ح).

(9) قوله: (بيع) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (طلاقها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

- يعني: ولم يمسها - فاستبراؤها هنا حيضة، ثم تحل له؛ وذلك لأنها استبراء، وبها تمت العدة)] [1]؛ فهذا تفسير الأولى، وإن معنى المسألة أنها لم تحض عند زوجها بعد استبرائها[2] إلى أن باعها.

وقد وقع خلاف هذا في المبسوطة[3] لابن القاسم؛ فقال: يستأنف حيضتين من يوم باع لا من يوم طلق، وهذا يشير إلى ظاهر ما تقدم، وليس أصلهم.

وقد وَهِم الرواية شيخنا أبو الوليد ابن رشد، وقال: الصواب: من يوم طلق[4]، وهو معنى ما في المدونة[5].

وقوله: [(في الأمة المتزوجة بغير إذن سيدها ففرق بينهما: على السيد الاستبراء[6] ولا عدة[7] عليها، واستبراؤها حيضتان؛ لأنه نكاح يلحق فيه الولد وسبيله سبيل النكاح...)][8] إلى آخر كلامه.

فقوله هنا: ولا عدة عليها[9] لفظ مشكل مستغنى عنه، وقد قال فيها: في طلاق السنة: **أنها عدة كعدة النكاح**، وهو معنى قوله: حيضتان[10] إلى ما ذكر

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 5/ 221، و(العلمية): 2/ 375، و(السعادة/ صادر): 6/ 133، و(تهذيب البراذعي): 2/ 465.

(2) في (ح): (اشترائها).

(3) في (ح): (المبسوط).

(4) قوله: (وهذا يشير إلى... من يوم طلق) ساقط من (م).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 5/ 251.

(6) في (ر2): (للاستبراء).

(7) في (ح): (عهدة).

(8) انظر: المدونة (زايد): 5/ 222، و(العلمية): 2/ 375، و(السعادة/ صادر): 5/ 351، و(تهذيب البراذعي): 2/ 465.

(9) قوله: (واستبراؤها حيضتان... عدة عليها) ساقط من (ح).

(10) في (ر2) و(ح): (حيضتين).

بعد هذا.

وقيل: معناه: لا يلزمها ما يلزم المعتدة من المبيت في بيتها وترك السفر، فتأمل هذا كله.

وقوله: [(في الذي وطئ جارية ابنه: عليه الاستبراء بعد التقويم إذا لم يكن الأب عزلها عن[1] نفسه)][2].

تأولها ابن الكاتب وغيره: أنه إن[3] لم يكن الأب[4] عزلها بعد وطئه إياها، ولو عزلها صارت إذا قومت عليه كالمودعة فعلى هذا يكون قول غيره: يستبرئ، ولا ينبغي أن يصب ماءه على الماء الذي لزمته به القيمة؛ لأنه ماء فاسد وفاقاً، غير خلاف.

وأما القابسي فقال: معناه[5]: عزلها عن[6] نفسه قبل الوطء حتى يتيقن[7] براءة رحمها، فإنه بأول مباشرتها ومخالطتها لزمته القيمة، وصب ماءه على ملكه في جارية مستبرأة عنده كالمودوعة[8]، وقول غيره على هذا خلاف.

قال بعضهم: يشبه أن يكون قول غيره على مذهَبِ سحنون في أنه لا يلزم الأب

---

(1) في (ح): (عند).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 222، و(العلمية): 2/ 375، و(السعادة/ صادر): 6/ 133، و(تهذيب البراذعي): 2/ 466.

(3) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(4) قوله: (الأب) زيادة من (ح).

(5) في (ح): (معناها).

(6) في (ر2) و(ح): (عند).

(7) في (م): (يتبين).

(8) في (ر2): (كالمودعة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

القيمة[1] في وطء جارية ابنه إلا برضاه، وأن ابنه بالخيار عليه كالشريك.

قال القاضي رحمه الله: والذي عندي أن ما ذهب إليه ابن [159/ أ] الكاتب أصوَب، وأنه مراد ابن القاسم؛ بدليل قوله آخر المسألة؛ لأنه وطء فاسد، وكل وطء فاسد[2] فلا يطأ فيه[3] حتى يستبرئ، فهو إنما علل بفساد الوطء كما علل به غيره، ولو كان على[4] ما ذهب إليه القابسي لعلل بأنه لا يدري براءة رحمها، ولم يعلل بفساد الوطء[5] الذي يقول القابسي: إنه غير فاسدن فألزمه[6] القيمة بالمباشرة، فتأمله فهو بيّن.

وقوله: [(من اشترى جارية وهي في عدة من وفاة أو طلاق، فلا يجردها لينظر إليها عند البيع ولا يتلذذ بشيء منها، حتى تنقضي عدتها)][7]، يستدل منها[8] على جواز النظر للجواري عند التقليب، وتجريدهن لذلك؛ إذ لو كان ذلك ممنوعا في جميعهن لما خص به هنا المعتدات، ويؤكده[9] ما في كتاب الخيار، خلاف ما وقع منصوصا من منع ذلك في كتاب ابن حبيب وغيره، وقد تقدم الكلام على ذلك في كتاب الخيار، واختلاف التأويل في تلك المسألة.

---

(1) قوله: (الأب القيمة) يقابله في (ح3): (إلا بالقيمة).

(2) قوله: (وكل وطء فاسد) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (فلا يطأ فيه) يقابله في (ح): (فلا يوطأ به).

(4) قوله: (على) ساقط من (ح).

(5) قوله: (كما علل به .... بفساد الوطء) ساقط من (م)، وقوله: (الوطء) ساقط من (ح).

(6) في (م) و(ح): (بإلزامه).

(7) انظر: المدونة (زايد): 5/ 226، و(العلمية): 2/ 378، و(السعادة/ صادر): 6/ 136، و(تهذيب البراذعي): 2/ 468.

(8) في (ح): (منه).

(9) في (ح): (يؤكده).

وقوله في المبضعة الموجهة[1]: [(لا يطأها من اشتريت له حتى يستبرئها)][2] فرق بينها وبين المودعة أن هذه إن خرجت من يد مشتريها المؤتمن عليها لغيره، ألا تراه كيف قال: [(فبعث بها فحاضت في الطريق)][3] فأشبهت المودعة، إذا كانت تخرج، ولو كان مشتريها هو[4] الذي أتى بها إليه لكانت كمسألة المودعة.

وقال أَشْهَب: تجزئها حيضتها في الطريق أو عند الوكيل، ولا يستبرأ[5] لسوء الظن؛ إذ قد[6] يدخل[7] ذلك[8] في الحرائر والمماليك، يريد: تجويز فعل السوء فيهن، وهو أصل أَشْهَب في توقع كل حمل مظنون من فساد أنه لا يلزم، وما قاله في الزوجات والجواري، فإنه لا يلزم، فإنه لو قدرنا[9] ذلك فيمن يخرج[10] منهن لم يتفق وطئهن جملة، واحتاج إلى حالة تيقن في البراءة من حملهن ولا يصل إلى ذلك إلا بحيض، ثم لا يحل له الوطء فيه حتى يطهرن[11].

---

(1) في (ح): (المتوجهة).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 236، و(العلمية): 2/ 370، و(السعادة/ صادر): 6/ 142، و(تهذيب البراذعي): 2/ 458.

(3) انظر: المدونة (زايد): 5/ 236، و(العلمية): 2/ 370، و(السعادة/ صادر): 6/ 142، و(تهذيب البراذعي): 2/ 458.

(4) قوله: (هو) ساقط من (ح).

(5) قوله: (ولا يستبرأ) يقابله في (ح): (لم تستبرأ).

(6) قوله: (قد) زيادة من (م)، وفي (ح): (يدل).

(7) في (م) و(ح): (ذلك يدخل).

(8) قوله: (يدخل ذلك) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (قررنا).

(10) في (ح): (تخرج).

(11) في (ح): (يظنون).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي آخره[1] الحمل أيضاً مجوز ممكن منهن فلا يتأتى له ذلك، وإن طهرن، إلا أن يكن[2] عنده في حرز، وثقاف، حتى يتيقن براءة أرحامهن ولا يجوز عليهن السوء؛ وهذا حرج، وخلاف الإجماع، وقد استحسن بعض الشيوخ الاستبراء فيمن يتهمه منهن، ووجوبه فيمن اشتهر بالفساد منهن.

وقوله عن مالك في: [(التي لا تحيض من صغر ومثلها يوطأ: تستبرأ بثلاثة أشهر)][3].

زاد في كتاب ابن حبيب عنه: وإن أمن عليها الحمل مفتضة كانت أو عذراء[4]، ومثله لابن وَهْب فيمن توطأ منهن، ومثلها لا تحمل ففيها المواضعة.

قال ابن القاسم: من يحتمل الوطء منهن فإنه يخاف عليها الحمل، قالوا: وهو قول مالك، وأكثر أصحابه.

قال ابن حبيب في قول مالك: وهذا شديد[5] من القول، قد سمعت مُطرِّفا وابن الماجشون[6] وعبد الملك[7]، وذكر ذلك عن جماعة من السلف أن ذلك إنما هو في التي قاربت الحيض، وكان يخشى عليها الحمل.

---

(1) قوله: (آخره) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (تكون).

(3) انظر: المدونة (زايد): 5/ 237، و(العلمية): 2/ 383، و(السعادة/ صادر): 6/ 143، و(تهذيب البراذعي): 2/ 413.

(4) قوله: (مفتضة كانت أو عذراء) ساقط من (ح).

(5) في (م): (سديد)، وفي (ح): (تشديد).

(6) قوله: (وابن الماجشون) زيادة من (م).

(7) في (م) و(ح): (المالك).

فأما التي لم تقارب، وليس مثلها يحمل فلا استبراء فيها؛ لأن الاستبراء إنما هو خيفة الحمل[1].

وفي كتاب القاضي أبي الأصبغ: روى علي بن زياد، عن مالك: لا استبراء[2] على الصغيرة التي يؤمن عليها الحمل، وإن كان مثلها يوطأ، وللخلاف[3] في هذا نص عند ابن حبيب وغيره كما تراه، وعليه حمله بعض مشايخنا، وهو بيّن.

والأَوْلى ترك المواضعة والاستبراء فيمن هذا سبيله في[4] بنت السبع، ونحوها.

وحمل اللخميّ وغيره الخلاف في بنت تسع، وعشر، ومن قد[5] يتوقع منها الحمل، وإن كان نادرا[6]، ولعله فيه[7] جاء[8] قول مالك وابن القاسم وابن وهب: والأولى لا يخاف منها ذلك البتة[9]، كما أنه لا خلاف في المراهقة.

وقوله في رواية ابن وهب في آخر باب استبراء الصغيرة: [(أن[10] استبراء الصغيرة[11] التي لم تبلغ المحيض واللائي يئسن من المحيض في البيع ثلاثة

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 422.

(2) في (ح): (الاستبراء).

(3) في (م): (والخلاف).

(4) قوله: (في) ساقط من (ح).

(5) قوله: (قد) زيادة من (ر2).

(6) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4499.

(7) قوله: (فيه) ساقط من (ح).

(8) زاد في (ح): (فيه).

(9) قوله: (البتة) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (وأن).

(11) قوله: (الصغيرة) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أشهر، على ذلك أمر الناس عندنا وهو مع ذلك من أعجب ما سمعت فيها[1])][2].

أي: فيه[3] إشعار إلى[4] الخلاف الذي ذكره ابن حبيب من قول من قال: شهران، وشهر ونصف، وشهر فقط[5].

وقوله: [(وكل ما أصابها في الاستبراء من عيب أو داء أو نقصان فللمشتري الرد به)][6] قال بعضهم: يخرج منه أن العبد والأمة إذا صرحا في العهدة أنهما حران أنهما يردان بذلك، وإن لم يثبت، وفيه تنازع.

وقوله [(لا يكون عليه للوطء غرم إلا أن يكون نقصها وطؤه)][7]، تأمل[8] معناه[9].

وقوله: [(فإن كانت بكراً فافتضها المشتري في الاستبراء فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر والبائع منكر للوطء...)][10] إلى آخر المسألة.

---

(1) قوله: (فيها) زيادة من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 238، و(العلمية): 2/ 384، و(السعادة/ صادر): 6/ 144، و(تهذيب البراذعي): 2/ 472.

(3) قوله: (أي فيه) يقابله في (ح): (وفيه).

(4) قوله: (إلى) ساقط من (ح).

(5) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 274.

(6) انظر: المدونة (زايد): 5/ 239، و(العلمية): 2/ 384، و(السعادة/ صادر): 6/ 144، و(تهذيب البراذعي): 2/ 272.

(7) انظر: المدونة (زايد): 5/ 241، و(العلمية): 2/ 386، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، و(تهذيب البراذعي): 2/ 274.

(8) في (م): (بأقل).

(9) في (ر2): (ذلك).

(10) انظر: المدونة (زايد): 5/ 242، و(العلمية): 2/ 386، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، =

وقوله: [(إلا أن يكون البائع أقر أن الولد ولده - إلى قوله: - ويكون[1] ولده)][2]، يخرج منها أن الوطء بين الفخذين يلحق منه الولد؛ لأنا نتحقق أن حمل هذه قبل بيعها، وقد بيعت بكراً، وهو [159/ ب] المنصوص.

قال محمد: كل وطء في موضع أنزل عنه وصل إلى الفرج لحق به الولد[3]. وقد عارض بعض شيوخنا هذا الأصل بإجماعهم على حد المرأة التي[4] تأتي بولد ولا يعرف لها زوج، إذ قد يكون من حجتها أن تقول: والله ما وطئت قط في فرجي، ولكن الماء زل، وقد قال ﷺ: «**ادرؤوا الحدود بالشبهات**»، لكن الجواب عن هذا أنه لما كان غالب الحمل من الوطء في الفرج، حمل على غالبه، ولم يلتفت إلى هذه[5] الدعوى النادرة[6]، كما لو اعترفت أنه[7] من وطئ في الفرج، وادعت الغصب، فهذه أيضاً لا تصدق؛ إذ الغالب المعهود فيه الرضى، وقد يفرق بينهما أن هذه لما لم تعرف[8] بالغصب[9]، ولم تذكره قط لم تصدق، وقد يجاب عن هذا بأن تقول: أردت الستر على نفسي، فلما أراد الله تعالى كشف[10] سري بالحمل =

و(تهذيب البراذعي): 2/ 274.

(1) قوله: (ويكون) يقابله في (ر2): (أو يكون).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 242، و(العلمية): 2/ 386، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، و(تهذيب البراذعي): 2/ 274.

(3) انظر: المنتقى، للباجي: 5/ 327.

(4) قوله: (التي) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (هذه) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (إلى هذه الدعوى النادرة) يقابله في (ح): (لها لدعوى النادر).

(7) في (ح): (إنها).

(8) في (ح): (لم يعرف).

(9) في (ر2): (الغضب).

(10) قوله: (أراد الله تعالى كشف) يقابله في (ر2): (أراد الله إظهار).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أفشيته[1]، وقد رأى بعض المشايخ أن لها في هذا حجة وعذراً يجب درء الحد عنها به[2]، كما قال غيرنا، وهو قول الشافعي[3].

وقوله: [(كنت أطأ ولا أنزل فيها؛ قال مالك: الولد يلزمه، ولا ينفعه أن يقول: كنت أعزل عنها)][4] حمله بعضهم على أن[5] الجواب على[6] غير السؤال وأنه أجاب على[7] مسألة العزل، وهو محتمل، فإن[8] كان أراد بقوله لا أنزل فيها بتة لا بين فخذيها ولا غيره، وعزل عزلاً بيناً[9]؛ فكما[10] قال، فإن عدم الإنزال فيها وعليه حمله[11].

والعزل البين عنها الذي يتحقق أنه لم يخرج منه هنا[12] شيء ولا أنزل بين الفخذين فيخاف سيلان الماء إلى الفرج، وقبول الرحم له، وإنما ابتدأ دفقه وحقنه[13] وخروج أول مائه بعد عزله عن الفرج والفخذين، وأراقه في

---

(1) في (ر2) و(ح): (أثبته).

(2) قوله: (به) ساقط من (ح).

(3) قوله: (الشافعي) ساقط من (م) و(ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 5/ 242، و(العلمية): 2/ 386، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، و(تهذيب البراذعي): 2/ 474.

(5) قوله: (أن) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ر2): (عن).

(7) في (ح): (عن).

(8) في (ر2) و(ح): (بأن).

(9) قوله: (وعزل عزلا بينا) ساقط من (ح).

(10) في (م): (فهو كما).

(11) قوله: (وعليه حمله) يقابله في (ر2): (وعليتها جملة).

(12) في (ر2): (هناك).

(13) قوله: (وحقنه) ساقط من (ح).

أعكانها وغير ذلك من جسدها فيما يتحقق أنه لا يصل إلى الفرج منه شيء فهذا لا يلحق به عندهم ولد[1].

قال بعض شيوخنا: ويحلف، وإن كان إنما قال له[2]: لم أنزل فيها، أي: في الفرج، وإنما أنزلت خارجاً عنه، بين الفخذين، وقربه[3]؛ فهذا هو العزل الذي أجابه عنه، وعليه حمله غير واحد من الشيوخ.

وكذلك[4] مسألة الذي قال: كنت أفخذها ولا أنزل فيها، أي: بين فخذيها، ولذلك لم يلحق به الولد؛ لأنا لو قدرنا[5] هنا انفلاتاً بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته[6] إلى الفرج، ويمحق دونه بخلاف لو أنزل ماءه كله أو أكثر منه، فهذا يخشى منه أن يسري إلى الفرج[7].

وقد ذهب بعضهم إلى خلاف هذا، وبأن الإنزال بين الفخذين لا يلحق به ولد؛ لأنه يفسد بمباشرته الهوى.

قالوا: ولو كان الإنزال بين شفرتي[8] الفرج لم يختلف في إلحاق الولد منه، وكذلك[9] اختلفوا في إلحاقه[10] من الوطء في الدبر.

---

(1) في (ح): (وإذا).

(2) قوله: (له) ساقط من (ر2) و(ح).

(3) زاد في (ح): (وقربه وقوله).

(4) في (ح): (وكذا).

(5) في (ح): (قررنا).

(6) في (ح): (يسارته).

(7) زاد في (ر2): (ويمحق دونه بخلاف لو أتى هلاك ماؤه كل).

(8) في (ح): (شفري).

(9) في (م) و(ح): (ولذلك).

(10) في (ح): (في لحاقه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله: [(الوكاء ينفلت[1])][2] - بكسر الواو ممدود -: استعارة وتشبيه[3] بخروج الماء في الفرج، قبل العزل.

والوكاء: هو الخيط الذي يشد به فم القربة[4].

وعركت الجارية - بفتح العين والراء - معناه: حاضت.

والجارية العذراء - ممدود -: هي البكر التي[5] لم تفتض، وأصله من الضيق، ومنه تعذر علي الأمر: أي: ضاق سبيل الوصول إليه[6].

والعقر - بضم العين -: الصداق.

ورواية ابن وهب وابن نافع، عن مالك في آخر باب وطء الجارية أيام الاستبراء فيمن ابتاع أمة حاملاً من غيره؛ فلا يحل له وطؤها ولا يباشرها ولا يقبلها... إلى آخر المسألة.

هي صحيحة لابن وضاح وبعض القرويين، وسقطت لغيرهم من الرواة، زاد[7] في رواية الدباغ، قال[8]: وإن بيعت بالبراءة حاملاً أو غير حامل فلا يقبل[9]

---

(1) قوله: (ينفلت) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 5/ 242، و(العلمية): 2/ 386، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، و(تهذيب البراذعي): 2/ 474.

(3) في (ح): (تشبيهه).

(4) انظر: الصحاح: 6/ 2528، ولسان العرب: 1/ 200.

(5) قوله: (التي) ساقط من (ح).

(6) انظر: الزاهر فى معانى كلمات الناس: 2/ 18، وتهذيب اللغة: 3/ 186.

(7) قوله: (زاد) ساقط من (ح).

(8) قوله: (قال) ساقط من (ح).

(9) في (م): (تقبل).

ولا يباشر[1]، لا قبل أن يتبين حملها ولا بعده حتى تضع.

قال يحيى: هذه الزيادة لابن وهب.

وقوله فيها: [(إن[2] كان حملها ذلك عنده أو عند غيره من[3] زوج أو زنا)][4]، ولا خلاف كما قال في الوطء[5] ممن كان.

وقوله: [(ولا يباشرها)][6] إلى آخر الكلام، ومذهبه[7] هنا أنه[8] على العموم[9] كيف كانت.

وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه: لا بأس بذلك كالحائض.

ولابن حبيب في المسبية[10] إن كان من زنا فله الاستمتاع بما عدا الوطء، وكذا يأتي إذا حدث الحمل عنده أو رضي بعيبه.

قال فضل: ومالك وأصحابه على خلاف ذلك.

ولا خلاف في المعتدة من طلاق أنه لا يحل له منها الاستمتاع حتى تخرج

---

(1) في (م): (ولا تباشر).

(2) قوله: (إن) ساقط من (ر2).

(3) في (م) و(ر2): (مذن).

(4) انظر: المدونة (زايد): 5/ 241، و(العلمية): 2/ 385، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، و(تهذيب البراذعي): 2/ 467.

(5) في (ر2) و(ح): (الواطئ).

(6) انظر: المدونة (زايد): 5/ 241، و(العلمية): 2/ 385، و(السعادة/ صادر): 6/ 146، و(تهذيب البراذعي): 2/ 467.

(7) في (ح): (مذهبه).

(8) قوله: (أنه أنه) ساقط من (ح)، وفي (ر2): (أنه).

(9) في (ح): (المعلوم).

(10) في (م) و(ح): (المسألة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

من عدتها كما أنه لا خلاف فيما فيه المواضعة والاستبراء أنه لا يستمتع منهن بشيء حتى تخرج من ذلك.

تم كتاب الاستبراء بحمد الله وحسن عونه وبمنه.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الصلح

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الصلح

[160/ أ] الصلح: معاوضة عن دعوى، وهو على ثلاثة ضروب:

صلح على إقرار[1].

وصلح على إنكار[2].

وصلح على سكوت من المطلوب، وهو[3] عندنا جائز في الوجوه الثلاثة.

ومنع الشافعي الصلح على الإنكار[4]، وحكاه ابن الجهم عن بعض أصحابنا، ورأى المخالف أنه من أكل المال بالباطل.

فالصلح على الإقرار معاوضة صحيحة، يدخل فيه جميع ما يدخل في البياعات من صحة، وعلة، وفساد؛ لأن بإقراره ارتفع أمر[5] الخصام، ووجب لصاحبه أخذه إن كان قائماً، أو قيمته إن كان فائتاً فيما يلزم ضمانه، أو مثله إن كان ذا مثل، ثم لا يخلو مع قيامه أن يكون غائباً أو حاضراً فيجري فيه جميع[6] ما يجري في البيوع.

وما انعقد فيه من فساد لم يمضِ منه إلا ما يمضي من مكروه البيوع؛ إذ هو بيع[7] حقيقة، ومعاوضة صريحة، فكذلك[8] ما وقع به الصلح من دعوى على

---

(1) في (ح): (الإقرار).

(2) في (ح): (الإنكار).

(3) في (ح): (وهذا).

(4) انظر: عيون المجالس: 4/ 1652، والمعونة: 2/ 173، وشرح التلقين: 2/ 3/ 1059.

(5) في (ح): (من).

(6) قوله: (جميع) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (بيع) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (وكذلك).

إقرار، وإنكار مختلط، كالمقر ببعض[1] حق وهو منكر لبعضه، وأما على الإنكار المحض فههنا يختلف أصل[2] قول مالك وابن القاسم.

فمالك يعتبر فيه ثلاثة أشياء: ما يجوز على دعوى المدعي، ومع إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم فيما اصطلحا عليه[3]، فإذا صحت المعاوضة على الوجوه الثلاثة صح الصلح.

وعلى[4] هذا يأتي مذهبه في الكتاب، ويفهم من قوله: واشتراطه في المسألة التي تأتي بعد هذا بقوله: إن كان مقراً.

ومذهب ابن القاسم إنما يعتبر الصلح في حق كل واحد منهما على انفراده، فإذا صح الصلح على ذلك، ولم يكن فيه فساد أمضاه، ولم يلتفت إلى[5] ما يوجبه[6] الحكم، وحكم السكوت حكم الإقرار على قولهما معاً[7]، فما وقع من صلح حرام على الإقرار والسكوت فسخ على كل حال، كالبيوع، وكذلك ما وقع من صلح حرام في صلح الإقرار والمختلط[8] بالإنكار فيصالحه على ما لو انفرد به الإقرار لم يجز؛ كمن ادعى على رجل طعاماً من بيع، ودراهم فاعترف له بالطعام، وأنكره[9] الدراهم، فصالحه من دعواه على طعام أكثر من طعامه

---

(1) في (ر2): (كالمقر به).

(2) قوله: (أصل) ساقط من (ح).

(3) قوله: (عليه) ساقط من (ر2) و(ح).

(4) في (م) و(ر2): (على).

(5) قوله: (إلى) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ر2) و(ح): (يوجب).

(7) في (ر2) و(ح): (جميعا).

(8) قوله: (الإقرار والمختلط) يقابله في (م): (الإنكار المخلتط).

(9) في (ر2): (وأنكر له)، وفي (ح): (وأنكر).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أو طعام مؤجل أو غيره، أو اعترف له بالدراهم، وصالحه على دنانير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه فكل واحد منهما مصالح بحرام؛ إذ الصلح فيما حصل[1] فيه إقرارهما، قاله بعض شيوخنا، وهو مما لا يختلف فيه؛ لأن الحرام وقع في حقهما جميعا.

قال: وإنما يختلف إذا كان توقع الفساد في حق أحدهما، وذلك في مسألة الصلح على الإنكار المحض، مثل أن يدعي عليه عشرة دنانير فينكرها[2] فيصالحه منها على مائة درهم إلى أجل، فإن[3] هذا في حق[4] المدعي لا يجوز، والمدعى عليه يقول: لم يكن له عليّ شيء، وإنما افتديت[5] بما دفعت عن[6] اليمين الواجبة[7] علي، فمالك وأصحابه يفسخون هذا، وأصبغ[8] يمضيه.

واختلف في المكروه، وهو أن يقع على وجه ظاهره[9] الفساد ولا يتحقق ذلك من جهة واحد منهما؛ فقال مُطرِّف: يمضي، وقال عبد الملك[10]: يفسخ بالقرب ويمضي بالبعد[11].

---

(1) في (م) و(ح): (جعل).

(2) في (ر2) و(ح): (فينكره).

(3) قوله: (فإن) ساقط من (ر2).

(4) في (ر2): (يمين).

(5) في (ح): (أفديت).

(6) في (م): (من).

(7) في (ح): (الواجب).

(8) في (ح): (وأصلح).

(9) في (ح): (ظاهر).

(10) في (ر2) و(ح): (عبد المالك).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 167 و168، والمقدمات الممهدات: 2/ 158، وشرح

ومثاله مسألة الكتاب [(في مدعي مائة درهم على رجل وهو ينكرها[1] فصالحه منها على خمسين إلى شهر أو على تأخير جميعها)][2]؛ لأن كل واحد يقول: لا حرام[3] فيما فعلت.

المدعي يقول: أخرت أو حططت، وأخرت حقي بغير عوض، والمدعى عليه يقول: افتديت[4] من يمين وجبت علي بشيء أخذته دون عوض.

وظاهره أن المدعي يسلف[5] لنفع اجتره[6] وهو خوف قلب اليمين عليه، أو مخافة أن يحلف له الآخر فيذهب ماله.

وكذلك لو ادعى كل واحد منهما على صاحبه حقاً فأخذ كل واحد منهما صاحبه به، فكل واحد يقول: أنا متحسن[7].

وظاهره: أن كل واحد منهما مسلف لصاحبه ليسلفه[8]؛ فمالك راعى الأصول الثلاثة التي قدمنا في مسألة الكتاب[9]، وشرطه[10] فيها إذا كان مقراً؛ لأنه إذا أقر ثم أخره فهو محسن فاعل معروف، ولم تبق[11] تهمة في حقهما،

التلقين: 2/ 3/ 1064 والمنتخب: 1/ 305 و2/ 1110.

(1) في (ح): (ينكر).

(2) انظر: المدونة (زايد): 7/ 403، و(العلمية): 3/ 379، و(السعادة/ صادر): 11/ 364.

(3) زاد في (م): (لي).

(4) في (ح): (أفديت).

(5) في (م): (سلف).

(6) في (ر2): (احتره).

(7) في (ر2): (مستحسن).

(8) قوله: (ليسلفه) ساقط من (ح).

(9) قوله: (الكتاب) ساقط من (ر2).

(10) في (م) و(ر2): (وشرط).

(11) في (م): (ولم تنو).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ودليل قوله أنه إن كان منكرا لا يجوز، وإلا فما فائدة قوله: إن كان مقراً شرطه[1] ذلك، وهو نص مالك في العتبية[2] وغيرها.

وقال ابن[3] القاسم: إنه لم يسمع[4] منه في الإنكار، وأجازها مع الإنكار على[5] أصله المتقدم في مراعاة الصحة في حق كل واحد منهما على انفراده.

فالمنكر يقول: ألزمت نفسي لدفع الخصام ما لا يلزمني، ودفعت عني مظلمة بيمين[6] الدعوى بما أعطيت.

والمدعي يقول: أخذت لئلا يجحدني[7] فيظلمني أو يرد علي اليمين فيوجب علي ما يشق علي مما لا يلزمني، فإنما أخذت لدفع مظلمة، [160/ ب] وذلك جائز لي، فلم[8] أسلف لأستجر نفعاً مستجلباً.

وقوله في أول الباب: [(فيمن اشترى عبداً بمائة دينار فأصاب به عيباً وهو[9] لم يفت، فصالح البائع على مائة درهم إلى أجل[10]، قال: لا يجوز؛ لأنه ذهب بفضة ليس يداً بيد.

---

(1) في (ح): (وشرطه).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 10/ 405 و406.

(3) في (ر2): (ابن ابن).

(4) في (ح): (يبع).

(5) في (م): (وعلى).

(6) في (م) و(ح): (يمين).

(7) في (ر2): (ليحجرني).

(8) قوله: (لي فلم) يقابله في (ح): (له ولم).

(9) في (ح): (و).

(10) قوله: (إلى أجل) ساقط من (م).

- ثم قال: - فلما فسخا[1] قيمة العيب[2] من الذهب في دراهم إلى أجل كان ذلك الذهب بالورق إلى أجل)][3].

هذا كلام فيه تجوز، ولفظ له تأويل؛ لأنه ذكر قيمة العيب، وقيمة العيب لم تملك[4] بعد مع[5] قيام العبد.

وظاهر الكلام وجوبها، وقد اعترضها سحنون، وقال: أي قيمة وجبت في العيب والعبد قائم، وإنما معنى المسألة لمن يريد توجيه صحتها أن البائع قد كان انتقد الثمن، فلما وجد المشتري العيب كان له الرد وأخذ دنانيره، فلما اصطلحا بما ذكر فكأنه أخذ العبد ببعض الدنانير، وفسخ ما قابل العيب[6] في دراهم إلى أجل، فهو معنى قوله: قيمة العيب، أي: ما كان يقع له من الثمن أو القيمة لو قوم.

وقوله في مسألة: [(فوات العبد فصالحه في قيمته بدنانير أو دراهم أو عروضاً نقداً؛ فلا بأس به[7] بعد معرفتهما بقيمة العيب)][8]، وهذا أصل فيه تنازع في المستخرجة وغيرها.

---

(1) قوله: (فلما فسخا) يقابله في (ر2): (فلما فسخ)، وفي (ح): (فسخ).

(2) في (ح): (العبد).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 395، و(العلمية): 3/ 375، و(السعادة/ صادر): 11/ 360، و(تهذيب البراذعي): 3/ 315.

(4) في (م): (لم تهلك).

(5) قوله: (مع) ساقط من (ح).

(6) قوله: (قابل العيب) يقابله في (ح): (قبل البيع).

(7) قوله: (به) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 397، و(العلمية): 3/ 376، و(السعادة/ صادر): 11/ 361، و(تهذيب البراذعي): 3/ 316.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي كتاب محمد لمالك: أنه يجوز، وإن لم يعرفا[1] قيمة العيب.

قال بعضهم: وانظر قوله في الكتاب بعد هذا في المسألة: [(وإن صالحه بدنانير إلى أجل فانظر، فإن كان مثل قيمة العيب أو أدنى فلا بأس به[2]، وإن كانت أكثر فلا خير فيه)][3]، وإن كان الصلح قبل النظر فهو خلاف[4] قوله: بعد معرفتهما، وإن كان بعد النظر فهو وفاق.

قال القاضي رحمه الله: ولم يقل هذا شيئا، وإنما هذا[5] نظر الحاكم والمفتي[6] بعد نظرهما، وبعد[7] معرفتهما بقيمة العيب، وزيادتهما ما زاد أو نقصهما أو تأجيلهما.

قالوا: ولو صالحه هنا بعدد دنانير[8] قيمة العيب من غير سكة الثمن لجاز؛ لأنه من باب المبادلة والاقتضاء ما لم يدخلها علل[9] الاقتضاء.

وقول أَشْهَب في المصالح من قيمة عيب قبل تفرقهما على دراهم والثمن دنانير، قال[10]: [(ذلك جائز)][11]، وإن كان أكثر من صرف الدنانير.

---

(1) في (ر2): (يغرما).

(2) قوله: (به) ساقط من (ح).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 397، و(العلمية): 3/ 376، و(السعادة/ صادر): 11/ 361، و(تهذيب البراذعي): 3/ 315.

(4) قوله: (فهو خلاف) يقابله في (ح): (فلا خير فيه).

(5) قوله: (هذا) زيادة من (ر2).

(6) في (ر2): (أو المفتي).

(7) قوله: (وبعد) ساقط من (ح).

(8) قوله: (بعدد دنانير) يقابله في (ح): (بدنانير).

(9) في (ح): (على).

(10) قوله: (قال) ساقط من (ح).

(11) انظر: المدونة (زايد): 7/ 396، و(العلمية): 3/ 375، و(السعادة/ صادر): 10/ 360، و(تهذيب البراذعي): 3/ 315.

هذا على ما وقع له مفسرا في غير المدونة من إجازة[1] الصرف والبيع.

نبه أبو محمد بن دحون على أنه مذهبه في الكتاب من هذه المسألة، وأشار ابن حبيب إلى ذلك بقوله: واستخفه بعضهم.

وغيره من الشيوخ قال: إنما استخفه في هذه المسألة؛ لأنه صلح على الرد بالعيب، ودفع الخصام[2] على أصله أيضاً في هذا الباب من الصلح أنه شراء المرجع، وأن العقد الأول على حاله، وإنما أعطى البائع ما أعطى للمشتري ليتمسك ببيعه ولا يخاصم.

وابن القاسم راعى[3] أنه لما ملك الرد بالعيب، كأنهما ابتدءا البيع بعبد[4] ودراهم، بدنانير، أجراها[5] مجرى البيع والصرف في القلة والكثرة.

قال القاضي رحمه الله: قال بعض الشيوخ: وهذا ما لم يقل: رددت، فإن قال: رددت فصلحهما يعد[6] ابتداء بيع يجوز فيه ما يجوز في البيع، ويمتنع ما يمتنع[7]، يريد على قوليهما[8] جميعا، وقد تقدم الاختلاف[9] فيما يجب به الرد في العيب في كتاب العيوب.

ومسألة الطوق عارض بها بعضهم مسألة الخلخالين في كتاب الصرف؛

---

(1) في (ح): (أجل).

(2) في (ر2) و(ح): (للخصام).

(3) قوله: (راعي) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (البيع بعبد) يقابله في (م): (بيع عبد).

(5) في (ح): (فأجراها).

(6) قوله: (يعد) ساقط من (ح).

(7) قوله: (ويمتنع ما يمتنع) يقابله في (ح): (وبمنع ما يمنع).

(8) في (ح): (قولهما).

(9) في (ر2): (الخلاف).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لأنه اشترط هناك حضور الخلخالين، ولم يشترط مثله هنا، وقد قال سحنون في مسألة الخلخالين[1]: [(لا يجوز إلا أن يكونا في مجلس الصرف لم يفترقا، كالصرف في الدينار، يجد به عيباً فلا يجوز الصلح فيه)][2].

وقد فرق أبو محمد بين المسألتين؛ لأن الدينار لا يتعين[3]، فصار إذا صالحه، كأنه باعه منه[4] بما ترتب له[5] في ذمته حين عقد الصرف من دينار سالم[6] والطوق معين[7].

وفرق بعضهم بينهما أيضاً، بأن الخلخالين في غير ضمان مشتريهما لمستحقهما فكان[8] إجازة بيعه بغير حضوره صرفاً مؤخراً، كتصريف الدنانير المودعة ممن هي في بيته والطوق في ضمان مشتريه فكان تقدير[9] تجديد[10] عقد صرفهما الآن فيه كصرف الدنانير المغصوبة، أو الدين ممن هي عليه، وإلى هذا نحا ابن الكاتب.

وقوله في المسألة: [(إذا صالحه منها على دراهم دفعها إليه: إنه جائز إن كانت من جنس الدراهم التي دفعها إليه)][11].

---

(1) في (ح): (الطوق).

(2) انظر: المدونة (زايد): 6/ 195، و(العلمية): 3/ 25، و(السعادة/ صادر): 8/ 417.

(3) في (ح): (تتعين).

(4) في (م) و(ر2): (منهم).

(5) قوله: (له) زيادة من (ح).

(6) قوله: (دينار سالم) يقابله في (ح): (دنانير بسالم).

(7) انظر: النوادر والزيادات 5/ 376 و377.

(8) في (ح): (فكأن).

(9) في (ح): (تقرير).

(10) في (ر2): (تحديد).

(11) انظر: المدونة (زايد): 7/ 396، و(العلمية): 3/ 375، و(السعادة/ صادر): 11/ 360،

اختلف الشيوخ إذا تأخرت من غير شرط؛ فمنهم من أجاز ذلك كما أجاز[1] في الكتاب تأخير ما صالح به من دنانير في مسألة العبد من غير شرط أول هذا[2] الكتاب، وأكثرهم لم يجيزوا ذلك كما لو كان بشرط؛ لأنه عندهم صرف مستأخر والاستئخار في الصرف بشرط، وبغير شرط لا يجوز.

ومسألة العبد: [(إنما اتقى فيها البيع والسلف)][3]، فإذا لم يكن في العقد مشترطاً سلما من ذلك، ولو كان في مسألة: العبد الصلح مكان العشرة دنانير[4] دراهم لم يجز تأخيرها بشرط، ولا[5] بغير شرط في مسألة العبد[6].

وعلى [161/ أ] أصل أَشْهَب في الباب أنه[7] سواء، وأن البيع الأول تأويل[8] على إجازة صلحه فيهما بدراهم من غير سكة[9]، يجوز التأخير بشرط، وبغير شرط، صالحه بدنانير أو دراهم.

قال أبو عِمرَان: ولو فات الطوق جاز أن يصالحه على دراهم مؤخرة

و(تهذيب البراذعي): 3/ 315.

(1) قوله: (كما أجاز) ساقط من (ح).

(2) قوله: (هذا) زيادة من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 396، و(العلمية): 3/ 375، و(السعادة/ صادر): 11/ 360، و(تهذيب البراذعي): 3/ 315.

(4) في (ح): (الدنانير).

(5) في (ح): (و).

(6) قوله: (في مسألة العبد) زيادة من (م).

(7) قوله: (في الباب أنه) يقابله في (ح): (أنه في الباب).

(8) قوله: (الأول تأويل) يقابله في (ح): (إذا وقع).

(9) في (ح): (السكة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بقيمة العيب[1] أو أقل كمسألة العبد[2] إذا فات.

وقوله: [(إذا صالح الورثة زوجة الميت على دنانير من الميراث وقد ترك دنانير ودراهم وعروضاً ولم يترك ديناً؛ لا بأس بذلك، إذا كانت الدراهم قليلة، وقبض[3] ذلك يداً بيد)][4] يريد: أن الذهب الذي أعطوها أكثر من حظها من الذهب الذي في التركة، مثل أن يكون عدة الذهب ثمانين[5] فصالحوها على عشرين، فههنا[6] اشترط قلة الدراهم لئلا يدخلها بيع وصرف، ولو كان الذي أعطوها عشرة من هذه الثمانين لم تبال، أكثرت[7] الدراهم أو قلت، كان في التركة دين أم لا؛ لأن هذه أخذت حقها من هذه الدنانير، وتركت ما سواه، ووهبته، وليس هذا بصلح، وإنما احتسبت[8] وأخذت بعض حقها كما نص عليه أول الباب، وآخره، وسواء كانت العشرون في المسألة الأولى جملة ما ترك الميت من الدنانير أو بعضها، على هذا تأول شيوخنا: أبو محمد وغيره مسألة الكتاب.

---

(1) قوله: (بقيمة العيب) يقابله في (ح): (كقيمة العبد).

(2) قوله: (العبد) ساقط من (ح).

(3) في (م): (وقبضت).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 399، و(العلمية): 3/ 377، و(السعادة/ صادر): 11/ 362، و(تهذيب البراذعي): 3/ 317.

(5) في (ح): (ثمانون).

(6) في (ح): (وما هنا).

(7) قوله: (تبال، أكثرت) يقابله في (ح): (يبالي كثرة).

(8) قوله: (بصلح، وإنما احتسبت) يقابله في (م): (بصلح وإنما أحست)، وفي (ح): (يصلح إنما احتبست).

وفي كتاب محمد: إنما ذلك إذا لم يبق في التركة من الذهب سوى[1] الذي صولحت عليه، إذا كان أكثر من حقها من الذهب.

وقد تكلم شيوخنا على تعليل القولين بما لا فائدة في تكراره، لكن القطع بأن مذهب الكتاب ما أشاروا إليه من خلاف محمد ليس بظاهر.

وقوله في مسألة: [(الشريكين يعملان في حانوت وفيه شركة متاع لهما ودنانير ودراهم وفلوس فأعطى أحدهما دنانير، وافترق الشريكان[2]: لا خير فيه)][3].

قيل[4]: معناه أن الدراهم أكثر من صرف دينار، ولو كان أقل جاز.

قال محمد: وليس فيها دنانير سوى[5] ذلك، وتأولها أبو محمد على أنه أخذ من الدنانير أكثر من حظه، وفيها من الدراهم أكثر من صرف دينار، كمسألة الزوجة سواء[6].

وقيل: معناها أن الدنانير من مال المعطي لا من مال الشركة[7] فسواء - حينئذ - كانت الدراهم قليلة أو كثيرة لا يجوز.

وقوله في باب مصالحة الورثة عن مال الميت: [(لو هلك رجل بينه وبين

---

(1) في (ح): (سواء).

(2) قوله: (الشريكان) زيادة من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 402، و(العلمية): 3/ 378، و(السعادة/ صادر): 11/ 364، و(تهذيب البراذعي): 3/ 318.

(4) قوله: (قيل) ساقط من (ح).

(5) في (ح): (سواء).

(6) انظر: النوادر والزيادات 5/ 389 وما بعدها.

(7) في (م): (التركة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

رجل خلطة فادعى عليه ولد الهالك)][1]، هذا أصله في الكتاب في مراعاة الخلطة، وقد ذكرها في كتاب الشهادات[2] والخلاف في اشتراطها الآن معلوم، قالوا: فلا يتوجه للوارث طلب هذا بما لا يثبته[3] عنده، إلا أن يحقق دعواه، فأما لو قال: وجدته[4] بخط أبي أو أعلمني به لم يلتفت إلى دعواه، إلا أن يثبت، فانظر ما قالوه.

وقوله: [(توى ما على الغريم)][5]، أي: هلك بكسر الواو وفتح الياء، وقد قيل: بفتح الواو، والأول أفصح[6].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 405، و(العلمية): 3/ 379، و(السعادة/ صادر): 11/ 365، و(تهذيب البراذعي): 3/ 319.

(2) في (ح): (الشهادة).

(3) في (م): (لا بينة).

(4) في (ح): (وجدت).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 407 و409، و(العلمية): 3/ 380 و382، و(السعادة/ صادر): 11/ 366 و368، و(تهذيب البراذعي): 3/ 320.

(6) في (ر2): (أصوب).

ما حكاه عياض من تعاقب الفتح والكسر على الواو في (توي) ورد عن غير واحد من أهل اللغة؛ فهذا ابن القوطية يقول: «تَوِى المالُ تَوىً: ذَهب، و تَوَى - بِفتح الواو -: هلك، حكاها الفراء»، ويقول الجوهري: «والتوى - مقصور -: هلاك المال. يقال: توى المال - بالكسر - يتوى توى، وأتواه غيره، وهذا مال تو على فعل».

وحكى ابن سيده عن الفارسي أن الفتح لغة طيء؛ إذ يقول: «التَّوَى: الهَلاكُ، وتَوِيَ المالُ فهو تَوٍ: ذَهَبَ فَلَم يُرْجَ، وحَكَى الفارسي أن طَيِّئًا تَقُولُ: تَوَى، وأراه عَلَى ما حكاهُ سِيبَوَيْه من قَوْلِهم: بَقَا، ورَضَا، ونَهَا»، وبمثله قال ابن منظور، والزبيدي.

وهذه ظاهرة صوتية من باب الإبدال بين الفتح والكسر.

انظر: الأفعال: 1/ 126، والصحاح: 6/ 2290، والمحكم: 9/ 550، وتهذيب كتاب الأفعال: 1/ 50، ولسان العرب: 14/ 105، وتاج العروس: 37/ 258.

وقوله في مسألة: [(الرجلين لهما ذكر حق بكتاب واحد أو بغير كتاب من بيع باعاه[1] بعين أو ما يكال أو يوزن، غير الطعام والإدام أو من شيء[2] أقرضاه من الدنانير والدراهم والطعام)][3] إلى آخر المسألة.

قيل: إنما استثنى[4] الطعام[5] هنا من بيع؛ لأن إذنه له في الخروج لاقتضاء نصيبه مقاسمة، والمقاسمة فيه كبيعه قبل استيفائه، قاله ابن أبي زمنين وغيره.

وفي قسمة الأسدية لمالك خلاف هذا، وهو أصل متنازع فيه، هل القسمة بيع أو تمييز حق، وحمله أبو عِمرَان وغيره على أنه راجع إلى مآل[6] المسألة من بيع أحدهما نصيبه من غريمه أو[7] مصالحته إياه عنه كما ذكر ذلك[8] آخر الكتاب، وكرره بلفظه؛ فقال: من غير الطعام والإدام، فصالح من ذلك على دنانير، فهذا يبين أنه[9] مراده، وأن ذلك بيع الطعام قبل استيفائه.

وقول ابن القاسم هنا في صفة رجوع الشريكين جميعاً على الغريم بما بقي للذي لم يخرج، وبما أخذ من يد الخارج، وأنهما يتبعانه معاً، هذا[10] قول غيره في

---

(1) في (ح): (باعه).

(2) قوله: (من شيء) يقابله في (ح): (بشيء).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 407، و(العلمية): 3/ 380، و(السعادة/ صادر): 11/ 365، و(تهذيب البراذعي): 3/ 319.

(4) في (ح): (استثناء).

(5) في (م): (في الطعام).

(6) في (م): (مثال).

(7) في (ح): (و).

(8) قوله: (ذلك) ساقط من (ر2).

(9) في (ح): (أن).

(10) في (ح): (وهو).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الكتاب[1] في كتاب المديان.

ولابن القاسم هناك قول غير هذا، أن الذي لم يخرج يرجع على المديان بما له قبله أولاً فيرد منه على الخارج ما أخذ له.

والقول الآخر هنا[2] في صفة دخول القاعد على الخارج فيما[3] اقتضاه إذا حط أولاً ذلك[4].

وكلام سحنون في تفريقه[5] بين الصلح قبل الحط وبعده[6] ثابت في كتاب المديان لغير ابن القاسم، وثابت هنا في رواية يحيى، وسقط عند إبراهيم بن محمد، وفي كثير من الروايات هنا، ولم يكن في كتاب الدباغ، وضرب عليه.

قال الإبياني: قرأه لنا يحيى، وكان مخطوطا عليه في كتابه.

قال ابن [161/ ب] وضاح: قرأه لنا سحنون في بعض العرضات، وطرحه في[7] أخرى[8].

وكذلك قوله أيضاً[9] بعد ذلك، وبعد[10] قوله: [(والدين حكمه حكم

---

(1) قوله: (في الكتاب) ساقط من (ح).

(2) في (ر2): (منها).

(3) في (ر2): (فيم).

(4) قوله: (ذلك) ساقط من (م) و(ح).

(5) في (ر2) و(ح): (وتفريقه).

(6) في (ح): (أو بعده).

(7) قوله: (في) ساقط من (ح).

(8) قوله: (في أخرى) يقابله في (م): (أخيرا).

(9) قوله: (أيضاً) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (بعد).

العرض ثم زاد، وهي الخمسة والعشرون[1] ديناراً، وليس على من تعدى على عين[2] بغصب أو وديعة عنده، اشترى بها شيئاً أن يؤخذ منه ما اشترى به، وإنما عليه مثل العين التي[3] تعدى[4] عليها)][5].

ثبت هذا الكلام عند إبراهيم بن باز، وسقط من رواية ابن وضاح.

وقال: طرحه سحنون، ولم يكن في رواية يحيى بن عمر ولا ابن أبي سليمان.

وقول سحنون، بعد قول غير[6] ابن القاسم، قال سحنون: فخذ هذا على قول ابن القاسم، فإنه[7] أشبه بأصولنا وأحسن، وبه نأخذ[8] فخذ هذا[9] على هذا - إن شاء الله - ثبت عند الدباغ والأبياني وابن وضاح.

وقوله بعد ذلك: [(ثم[10] يرجعان على الغريم، فيكون ما عليه بينهما)][11]، ثبت لابن القاسم وحده، وسقط لسائر الرواة وهو على أصله في الكتاب صحيح، ومثله لغير ابن القاسم في كتاب المديان في العرض إذا اقتضاه

---

(1) في (ح): (والعشرين).

(2) قوله: (على عين) يقابله في (ر2): (بعين).

(3) في (ر2) و(ح): (الذي).

(4) في (ح): (قيموا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 409، و(العلمية): 3/ 381، و(السعادة/ صادر): 11/ 368.

(6) قوله: (غير) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (وإنه).

(8) في (م): (يأخذ).

(9) قوله: (هذا) ساقط من (م).

(10) قوله: (ثم) ساقط من (ح).

(11) انظر: المدونة (زايد): 7/ 408 و410، و(العلمية): 3/ 381 و382، و(السعادة/ صادر): 11/ 367 و368، و(تهذيب البراذعي): 3/ 320.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

من حقه، قال: فلشريكه نصفه، ثم يكون بقيمة الدين بينهما.

قال ابن القاسم هناك: إنما يرد عليه قيمة ما أخذ منه من نصف عرضه.

قال بعض[1] الشيوخ: معنى قول ابن القاسم أن العرض قيمته أقل من نصيب المصالح، ولو كان أكثر لم يرد على المصالح صاحبه إلا نصف ما أخذ من الغريم، ويكون هنا موافقا لقول غيره.

واختلف تأويل الشيوخ على هذا فيما يكال أو يوزن.

فقيل: يرد عليه مثل ما أخذ، وقيل: قيمته.

وقد خرج بعض الشيوخ الخلاف[2] في أنه ليس على الخارج فيما قبض شيء ولا يدخل عليه، وهو أصل متنازع فيه.

وقال ابن شَبْلون: ولا يختلف لو كان الصلح قبل محل الأجل أنهما يرجعان على[3] الغريم بما بقي لهما؛ لأن المصالح منهما[4] يقول: حططت من ديني لما قبضت، واستعجلت.

وقال أبو عِمرَان: إن[5] ذلك سواء صالح قبل أو بعد الخلاف يتصور.

وقوله في: [(الذي أقر بقتل رجل[6] خطأ وصالح أولياء المقتول على مال دفعه إليهم قبل أن يقسموا وتجب على العاقلة الدية، وهو يظن أن ذلك يلزمه:

---

(1) قوله: (بعض) ساقط من (ح).

(2) قوله: (الخلاف) ساقط من (ح).

(3) في (م): (إلى).

(4) قوله: (منهما) زيادة من (م).

(5) قوله: (إن) زيادة من (م).

(6) قوله: (رجل) زيادة من (م).

أرى ذلك جائزاً[1])][2].

فمذهبه[3] – هنا – أن الدية في الإقرار على العاقلة بقسامة[4]، وأنه شاهد ما لم يتهم بغنى[5] ولد المقتول على ما فسر[6] في كتاب الديات وغيره.

وقوله آخر المسألة: [(وقد اختلف الناس فيه عن مالك)][7]؛ لم يثبت عن مالك[8] عند ابن عتاب، وهو ثابت في كتاب ابن المرابط لابن القاسم[9]، ويحيى، وأحمد بن داود، ولغيرهم بإسقاطه، لكنه صحيح مفسر بعد في روايتهم بقولهم: وقاله مالك أيضاً.

وقال[10] مالك أيضاً: لا يكون[11] عليه شيء إلا بالقسامة، ثبتت هذه الزيادة كلها من قوله: وقاله مالك أيضاً لابن وضاح وابن[12] باز[13]، وليست

---

(1) قوله: (أرى ذلك جائز) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 11/ 330، و(العلمية): 4/ 635، و(السعادة/ صادر): 16/ 406، و(تهذيب البراذعي): 4/ 579.

(3) في (ح): (أن مذهبه).

(4) في (ح): (بالقسامة).

(5) في (ح): (بغناء).

(6) قوله: (على ما فسر) يقابله في (م): (كما فسره).

(7) انظر: المدونة (زايد): 11/ 330، و(العلمية): 4/ 635، و(السعادة/ صادر): 16/ 406، و(تهذيب البراذعي): 4/ 579.

(8) قوله: (لم يثبت عن مالك) ساقط من (ح).

(9) في (م): (قاسم).

(10) في (ح): (قال).

(11) في (ر2): (ليس).

(12) قوله: (وضاح، وابن) ساقط من (ر2) و(ح).

(13) في (م): (شبلون).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عند يحيى ولا أحمد، وزاد في بعض الروايات.

وقال بعضهم: على العاقلة بالقسامة[1].

وقال ابن القاسم وأَشْهَب عن مالك: وهو على العاقلة بالقسامة، ثبت هذا[2] عند وهب بن ميسرة[3] وهو في كتاب ابن المرابط، عند الدباغ والأبياني.

قال القاضي رحمه الله: فعلى ثبات[4] هذه الروايات، واختلافها، يأتي في المسألة في الكتاب ثلاثة أقوال، كلها لمالك.

أولها: أن الدية في ماله وحده بغير قسامة، وهو قول المغيرة وابن الماجشون[5].

القول الثاني[6]: أنها على العاقلة كما تقدم، بقسامة مات منها أو كانت له حياة، وهو قول ابن القاسم وأشهب وروايتهما عن مالك.

وظاهر ما هنا: أنه لا شيء على الجاني منها[7] وهو تأويل بعض أصحابنا عن[8] مالك في أصل المسألة في العاقلة، وأن قول مالك في غير المدونة وهو كواحد منهم على الاستحسان، وما وقع له هنا، وما في[9] كتاب الديات

---

(1) قوله: (بالقسامة) زيادة من (م).

(2) قوله: (ثبت هذا) يقابله في (م): (ثبتت كهذا)، وفي (ح): (ثبت هكذا).

(3) قوله: (عند وهب بن ميسرة) يقابله في (م): (عند ابن وهب من مسيره)، وقوله: (بن ميسرة) ساقط من (ح).

(4) في (م) و(ر2): (إثبات).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 9/ 409.

(6) قوله: (القول الثاني) يقابله في (ح): (و).

(7) في (ر2): (منها).

(8) في (ح): (على).

(9) في (ر2) و(ح): (وفي).

يبينه[1]؛ إذ في مسألة الإقرار كان[2] أولى أن يدخل معهم.

والقول الثالث: ظاهر قول مالك هنا إنه[3] لا يكون عليه فيها[4] شيء إلا بالقسامة؛ فقيل: معناه جميعها وهو تأويل بعض شيوخنا، وهو قول ابن لبابة، وتأويله على الكتاب، وحمل الكلام[5] على وجهه؛ لأن من حق ورثته أن يقولوا هو، وإن أقر بضربه خطأ، وجرحه له فلعله مات من شيء آخر، فأقسموا[6] كما لو أقر بجرحه وقتله عمداً فلم يمت قطعاً[7] لم يقتلوه حتى يقسموا[8]، فكذلك الأمر في ديته.

وقيل: معناه في[9] أنه كواحد من العاقلة، فإن أقسموا لزمه ما لزمهم، كواحد منهم، وهو نص قول مالك في كتاب محمد والمجموعة وهو تأويل أكثر الشيوخ، فيأتي على هذا في المسألة **قول رابع.**

وفيها **قول خامس،** ذهب إليه ابن دينار، وحكاه ابن سحنون أيضاً عن آخرين من أصحابنا [162/ أ] لم يسمهم.

وحكى[10] ابن الجلاب رواية عن المذهب أنه لا يلزمه إلا ما كان يلزمه

---

(1) في (م): (ببينة).

(2) في (ر2): (وكان).

(3) قوله: (إنه) زيادة من (م).

(4) قوله: (فيها) زيادة من (م).

(5) قوله: (وحمل الكلام) يقابله في (ر2): (وحمله الكتاب).

(6) في (ح): (فاقتسموا).

(7) في (م): (بعضا).

(8) في (ح): (يقتسموا).

(9) في (م) و(ر2): (أي).

(10) في (ح): (وحكاه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

مع العاقلة لو أقسموا ولا يكون على العاقلة شيء[1]، وظاهره أنه لا يقسم؛ لقوله: وهو مقر أنها دية على العاقلة، يخصه منها على القول بأدائه معهم حصته[2] فيؤديها[3].

وفيها **قول سادس** - حكاه القاضي عبد الوهاب عن مالك -: أنه لا يلزمه بإقراره من[4] قتل الخطأ شيء لا[5] على العاقلة ولا على نفسه[6].

وحكى ابن ميسرة[7] عن ابن وَهْب وابن القاسم أن العاقلة لا تحمل إقراره، ولم يذكر إلزامه هو شيئاً[8]، فانظره، هل هو مثل هذا.

قال بعض شيوخنا: وإنما يتصور الخلاف[9] عندي، إذا كانت له حياة بينة[10] فإذا لم تكن فالدية على المقر في ماله بغير قسامة.

قال محمد: ويشهد على قوله، **ويطلق**، وإنما أشهدنا على قوله لئلا يموت قبل القسامة فينقل الشاهدان شهادته[11]، وله الرجوع عن قوله ذلك وإبطاله.

---

(1) قوله: (ولا يكون على العاقلة شيء) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) في (ر2) و(ح): (حصة).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 13/ 502.

(4) قوله: (من) ساقط من (ر2) و(ح).

(5) قوله: (لا) ساقط من (ح).

(6) انظر: المعونة: 2/ 267.

(7) في (م) و(ح): (ميسر).

(8) في (م) و(ر2): (شيء).

(9) في (ح): (الاختلاف).

(10) قوله: (بينة) زيادة من (م).

(11) في (م): (شهادتهما).

قال أبو عِمرَان: وليس في المدونة بيان إذا صالحه هو، هل له الرجوع أو لا رجوع له والصلح لازم له، وذهب ابن محرز أنه إنما يلزمه ما دفع لا[1] ما لم يدفع[2].

وانظر تفريقهم في هذه المسألة بين المصالح على دم الخطأ الثابت ببينة، فجعله هناك لم[3] يرجع به بعد الدفع إن كان جاهلاً، يظن أن ذلك يلزمه؛ إذ ليس هنالك خلاف أنه على العاقلة.

وفي المسألة الأخرى من الخلاف في إلزامه ذلك[4] في ماله، وإلزامه صلحه ما تقدم، فإما أن يلزمه ذلك بالعقد على ما ذهب إليه أبو عِمرَان لإيجابه[5] على نفسه ما يلزمه عند بعض العلماء، وعلى أحد القولين، أو بالدفع والقبض على قول غيره فجعل للقبض فيه أثر قوي، كالحكم؛ لأنه[6] دفعه بطوعه، وأن للقبض[7] على وجه التأويل تأثيراً فيما اختلف فيه، كالدخول في الأنكحة المختلف فيها، وقبض بعض البيوعات المكروهة عندنا، المختلف فيها.

وانظر في قوله: **إذا كان جاهلا يظن ذلك في المسألتين جميعا**[8] لو كان فقيهاً[9]

---

(1) قوله: (لا) ساقط من (م)، ويقابله في (ح): (ويلزمه).

(2) في (ح): (يدفعه).

(3) قوله: (لم) زيادة من (ر2).

(4) في (ر2): (الرد).

(5) في (ر2): (الإيجابة)، وفي (ح): (فلإيجابه).

(6) في (ر2): (أنه).

(7) في (ح): (القبض).

(8) قوله: (جميعا) ساقط من (ح).

(9) في (م): (فيها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عالما بما له[1] وعليه في ذلك لمضى الصلحان في المسألتين جميعا، قبض ذلك منه أم[2] لا؛ لأنه ألزم نفسه ما لا يلزمه، وتحمل عن عاقلته ما تحمله، لكن يبقى النظر[3] فيما دفع من ذلك إن كان مما يجوز به بيع ما على العاقلة أو لا.

وقوله في: [(الذي صالح جارحه في مرضه على أقل من أرش الجراحة أو أقل من الدية فمات؛ أن ذلك جائز)][4].

تأولها غير[5] واحد على مسألة الصلح من الجراحة فقط لا بما تؤول[6] إليه من النفس، وتأولها ابن العطار أنها على النفس والجرح[7] معاً، وعليه يدل قوله: **على أقل من أرش الجراحة أو أقل من الدية.**

وفي العتبية لابن القاسم: [(لا يجوز أن يصالحه بشيء عن الجراح والموت إن كان، لكن يصالحه بشيء معلوم ولا يدفع إليه شيئا، فإن عاش أخذ ما صالح عليه، وإن مات كانت فيه القسامة، والدية في الخطأ، والقتل في العمد)][8].

وقال أيضاً في سماع عيسى: إن صالحه على أكثر من الجراح لم يجز، وكأنه صالحه على ما ترامى إليه وهو خطأ.

---

(1) قوله: (بما له) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (أو).

(3) قوله: (النظر) زيادة من (ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 412، و(العلمية): 3/ 383، و(السعادة/ صادر): 11/ 370، و(تهذيب البراذعي): 3/ 325.

(5) قوله: (غير) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (يؤول).

(7) قوله: (النفس والجرح) يقابله في (ح): (الجرح والنفس).

(8) انظر: البيان والتحصيل: 15/ 505.

ثم رجع فقال: لا يجوز الصلح إلا بعد البرء، ولأني[1] أخاف أن يأتي على النفس، وعلى هذين القولين نص أصحابنا الخلاف في الصلح على الجرح، وما ترامى إليه وهي هذه المسألة بعينها.

ومسألة المقتول عمدا وله وليان فعفا أحدهما على مال[2] أخذه ذكر فيها قول ابن القاسم، وقول غيره وهو علي بن زياد، وقول أَشْهَب.

ولابن القاسم في الجنايات كقول غيره هنا، ولغيره هناك أيضاً، وقال آخراً[3] في كتاب ابن عتاب، وقاله[4] ابن القاسم أيضاً وهو خلاف.

وقال سحنون في قوله، وقيل: للولي أن يدخل أيضاً[5] على صاحبه؛ معناه: إن أحب، وأما قول أَشْهَب هنا فتفسير عندهم لقول ابن القاسم، وهو خلاف[6] ما ذكره سحنون أنه وفاق لرواية علي، وقوله: قول علي[7] وأَشْهَب خير من قول ابن القاسم.

وقوله في المسألة: [(ولا سبيل إلى القتل)][8] عارضوها بمسألة العبد أول الجنايات، وأنه لم يجبر[9] فيها من لم يعف على[10] الدخول على أخيه، وأنه إن لم

---

(1) في (م) و(ح): (لأني).

(2) في (م): (ما).

(3) في (م) و(ش) و(ر2) و(ز): (آخره).

(4) في (ر2): (وقال).

(5) قوله: (أيضاً) ساقط من (ح).

(6) قوله: (وقال سحنون في قوله... وهو خلاف) ساقط من (م).

(7) قوله: (وقوله: قول علي) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 7/ 412، و(العلمية): 3/ 384، و(السعادة/ صادر): 11/ 370، و(تهذيب البراذعي): 3/ 325 و326.

(9) في (ح): (يخير).

(10) قوله: (على) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يدفع إليه سيد العبد نصف الدية ولا شاركه العافي في العيد أن الصلح ينتقض، ويكون لهم القتل في أحد قوليه.

وقال بعض الشيوخ: يمكن أن يكون ما في الجنايات خلافاً[1]، وأنه أحد القولين هنا، ويحتمل أن يفرق بينهما أن تلك الجناية هناك متعلقة برقبة العبد، ولسيده أن يفتكّه[2]، وفي مسألة الصلح هي متعلقة بالذمة لا بغيرها.

قال القاضي رحمه الله: وهذا الفرق غير بيّن؛ لأن الجناية كما تعلقت برقبة العبد، إلا أن يشاء سيده أن يفديه، برضى ولي الدم، كذلك[3] تعلقت بنفس الحر، إلا أن يفدي [162/ ب] نفسه بالدية برضى ولي الدم، ولا[4] فرق، وما هو كله إلا خلاف.

وقوله في آخر المسألة، قلت لأَشْهَب: [(فإن كان للمقتول[5] زوجة...)][6] إلى آخر المسألة.

كذا كتبناها لأشهب عن ابن عتاب في المدونة، وهي في بعض النسخ[7]: قلت لابن القاسم.

وأوقف أَشْهَب في كتاب ابن المرابط، وقال[8]: ليس للأبياني والدباغ،

---

(1) في (ح): (خلاف).

(2) في (ر2): (يمسكه).

(3) في (ح): (وكذلك).

(4) في (ح): (لا).

(5) في (م): (المقتول).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 414، و(العلمية): 3/ 385، و(السعادة/ صادر): 11/ 371.

(7) قوله: (قلت لأَشْهَب: فإن... في بعض النسخ) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (قال).

وكتب مكانه ابن القاسم، ثم قال[1]: قال ابن وهب وأشهب: قال ذلك سليمان بن يَسَار، وكذا هو في كثير من الروايات، سقط ذكر ابن وهب وأشهب عند إبراهيم بن محمد، وثبت[2] لغيره، وزاد في رواية ابن وضاح آخر الباب: قال ابن وهب[3]، وقال ذلك عمر بن عبد العزيز، وأبو الزناد، ومالك بن أنس.

وقوله: [(فنزا جرحه بعد ذلك)][4] أي: تزيد[5]، وترامى إلى الهلاك، وأصله من زيادة جريان الدم.

وقوله في: [(الذي عليه جناية عمد فأراد أن يصالح منها بمال ويدفع القصاص عن نفسه، وعليه دين محيط[6] بماله: أن للغرماء رده)][7]، حملها بعضهم على ظاهرها، وإن هذا وإن كان من[8] مصالحة فلم يعاملوه على هذا ولا دخلوا عليه، ولهم[9] رده، بخلاف[10] ما دخلوا عليه من النكاح والتسري المعتاد.

وذهب أبو عِمرَان وأبو بكر بن عبد الرحمن إلى[11] أن ردهم إنما هو ما لم

---

(1) في (ر2): (قال قال).

(2) في (ح): (ثبت).

(3) قوله: (وأشهب عند إبراهيم بن محمد... قال ابن وهب) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 416، و(العلمية): 3/ 385، و(السعادة/ صادر): 11/ 372، و(تهذيب البراذعي): 3/ 1327.

(5) في (م) و(ر2): (يزيد).

(6) في (ح): (يحيط).

(7) انظر: المدونة (زايد): 7/ 418، و(العلمية): 3/ 387، و(السعادة/ صادر): 11/ 374، و(تهذيب البراذعي): 3/ 329.

(8) قوله: (وإن كان من) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (فلهم).

(10) في (ر2) و(ح): (خلاف).

(11) قوله: (إلى) زيادة من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يدفع؛ إذ لهم أن يفلسوه، ويحجروا عليه، فأما إذا دفع قبل قيامهم مضى ذلك، ولم يكن لهم رده؛ لأنهم إنما عاملوه على مصالحه[1]، وتصريف ماله في منافعه، وجعل هذا مثل رهنه، وقضائه بعض[2] غرمائه[3] قبل قيامهم[4]، ويدل على هذا قوله في التفليس أن لأهل الجنايات[5] العمد أن يضربوا مع الغرماء بما صالحوا به[6] عليه[7].

وقوله في مسألة[8]: [(استحقاق العبد المصالح به من دم[9] العمد[10] والنكاح والطَّلاق: يرجع[11] بقيمته لا بقيمة الدم، وقيمة الطَّلاق)][12].

كذا[13] في كثير من النسخ، وسقط: لا من كتاب ابن وضاح.

وقال: كذا قرأناه على سحنون، وليست عند يحيى ولا أحمد بن أبي

---

(1) في (ح): (ما صالحوه).

(2) قوله: (بعض) ساقط من (ح).

(3) قوله: (على مصالحه، وتصريف... وقضائه غرمائه) ساقط من (ر2).

(4) في (ر2): (قيام جميعهم).

(5) في (ح): (جنايات).

(6) قوله: (به) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (عليه) زيادة من (ر2).

(8) في (ح): (المسألة).

(9) قوله: (دم) ساقط من (م).

(10) في (ر2): (العبد).

(11) في (ح): (ويرجع).

(12) انظر: المدونة (زايد): 7/ 418، و(العلمية): 3/ 386، و(السعادة/ صادر): 11/ 373.

(13) في (ح): (وكذا).

سليمان، وبثبات لا تصح المسألة وبسقوطها يحتمل[1] الكلام، ويفسد معنى المسألة في الظاهر، إلا أن يتكلف لها[2] تأويل، وأن معنى بقيمتها قيمة الدم والطلاق، أي: أن ذلك للمصالح[3] به، هو قيمة الدم والطلاق مما ليس[4] له قيمة معلومة[5]، إلا ما تراضيا[6] عليه، ألا ترى كيف وصل هذا بقوله: إنما المال فيهما[7] ما صولح عليه به فيهما[8].

وقوله في: [(النخل الموصى بغلتها: إنه يجوز أن يصالح الورثة ويخرجوه[9] من الوصية؛ لأن مرجعها إليهم كالسكنى)][10].

قال أبو عِمرَان: معناها أن النخل لا ثمرة[11] فيها.

ومسألة: [(العرايا فيها ثمر لم يطب[12])][13]، وذكر اختلاف قول مالك وابن[14]

---

(1) في (ح): (يختل).

(2) في (ح): (له).

(3) في (م) و(ح): (المصالح).

(4) في (ح): (ليست).

(5) قوله: (معلومة) ساقط من (ح).

(6) في (ر2) و(ح): (تروضي).

(7) في (م): (فيها).

(8) في (م): (فيها).

(9) في (ح): (ويخرجونه).

(10) انظر: المدونة (زايد): 7/ 422، و(العلمية): 3/ 389، و(السعادة/ صادر): 11/ 376، و(تهذيب البراذعي): 3/ 332.

(11) في (ر2): (تموت).

(12) في (ح): (تطب).

(13) انظر: المدونة (زايد): 8/ 330، و(العلمية): 3/ 588، و(السعادة/ صادر): 12/ 34.

(14) قوله: (مالك و) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

القاسم وأشهب في الصلح على عشرة أرطال من لحم شاته هذه.

وقال آخر المسألة: قال سحنون: قول ابن القاسم أحسن، ولم يعجبه قول أَشْهَب.

ثبت هذا[1] عند ابن وضاح ولم يثبت لغيره.

ومسألة المصالح من دم عمد[2] على ثمرة لم يبد صلاحها.

وقوله: [(إنه لا يجوز ويرجع إلى الدية)][3].

قال: [(ولا يرد إلى القصاص)][4].

قال القابسي: هذا على أحد قوليه بإجبار القاتل على الدية، وخلاف قوله الآخر، ومسألة الموضحتين الاختلاف فيها معلوم.

واختلف في تأويل قول ابن القاسم: **وقسمة الشقص عليهما**، هل ذلك مع تساوي الجنايتين أو اختلافهما؛ فقيل ذلك سواء، نصفه للخطأ، ونصفه للعمد، كائناً ما كان الجرح أو الجناية، اتفقا أو اختلفا، ويذكر هذا عن محمد بن عبد الحكم، وأنه مذهب ابن القاسم عنده.

وقيل: بل يعتبر حال الجرحين، وتكون[5] قسمة[6] الشقص على

---

(1) قوله: (هذا) زيادة من (م).

(2) في (ر2): (عبد).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 417، و(العلمية): 3/ 386، و(السعادة/ صادر): 11/ 373، و(تهذيب البراذعي): 3/ 328.

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 417. و(العلمية): 3/ 386، و(السعادة/ صادر): 11/ 373، و(تهذيب البراذعي): 3/ 328.

(5) في (ح): (ويكون).

(6) في (ر2): (قيمة).

قدرهما، وإنما يكون نصفين[1] إذا استويا[2] كموضحتين أو قطع يدين، وأما[3] إذا اختلفا، كقطع[4] يد وقتل[5] نفس، فإنه يقسم الشقص بينهما على قدر دياتهما في الخطأ، ثلثاً، وثلثين، وهكذا في غير هذا، وعليه تأول المسألة أكثر شيوخ[6] القرويين.

وقوله من المصالحة من عيب العبد: [(فإن كان العبد قد فات بعتق أو تدبير أو موت لم يصلح أن يصالحه بدراهم نقداً؛ لأنه كأنه تسلف منه ذلك ليعطيها إياه إذا حل أجل ما عليه)][7]؛ فانظر قوله: بعتق، وما ذكر بعده[8] أن الفوات عنده في المسألة إنما هو ذهاب عينه[9]، فدليله إن فات بعيب يكون المشتري مخيراً في الرد والإمساك فيه، كانت مسائله كمسائل الذي لم يفت؛ لأنا نقدر[10] أنه اختار الرد فما يدخل فيه إذا لم يحدث فيه عيب في الذرائع يدخله كأنه مبتدئ لشرائه في مسألة من اشترى[11]، وهو تفسير ما في أول الكتاب من

---

(1) في (ح): (ينصفين).

(2) في (ح): (استوى).

(3) في (ح): (فأما).

(4) في (ح): (مثل قطع).

(5) في (ح): (أو قتل).

(6) في (ح): (الشيوخ من).

(7) انظر: المدونة (زايد): 7/ 426، و(العلمية): 3/ 392، و(السعادة/ صادر): 11/ 379، و(تهذيب البراذعي): 4/ 120.

(8) في (ح): (معه).

(9) قوله: (ذهاب عينه) يقابله في (ح): (ذهابها).

(10) قوله: (لأنا نقدر) يقابله في (ح): (لأنه يقدر).

(11) قوله: (في مسألة من اشترى) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الفوات[1] والله أعلم.

وقوله في مسألة: من اشترى من رجل عبداً بدراهم إلى أجل فأصاب به عيباً.. وذكر المسألة، ثم قال: [(ولا بأس أن يشتري الرجل العبد بذهب إلى أجل، ثم يستقيل قبل أن يحل الأجل على أن يرد العبد، ويرد معه عرضاً نقداً، وإنما تقع[2] الكراهة إذا رد معه [163/ أ] ذهباً أو فضة، نقداً، قبل أن يحل الأجل[3]، فإن حل الأجل فلا بأس أن يرد معه دنانير أو دراهم نقداً، ولا خير فيه إذا أخره[4])][5].

هذه[6] المسألة تتنزل[7] على مسألتي حماري[8] ربيعة.

وقوله هناك[9]: دنانير أو دراهم، وأصل المسألة بدراهم مما يشكل؛ لأن الدنانير هنا تقع على كثير من الذهب فهو صرف وبيع، وإن كان رأس المال ذهباً بذهب وعبداً بذهب.

فقيل: معنى ذلك إن كان البيع بذهب فيكون الصلح بذهب على أن يسقط عنه من الثمن[10] ذلك، ويقاصه به، وإن كان دراهم فيكون أقل من

---

(1) قوله: (من الفوات) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (يقع).

(3) قوله: (الأجل) ساقط من (ح).

(4) قوله: (إذا أخره) يقابله في (ح) بياض.

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 427، و(العلمية): 3/ 391، و(السعادة/ صادر): 11/ 378، و(تهذيب البراذعي): 3/ 334.

(6) في (ر2): (مدة).

(7) في (ر2) و(ح): (تدل).

(8) في (ح): (حمار).

(9) في (ر2) و(ح): (هنا).

(10) قوله: (من الثمن) ساقط من (ر2).

صرف دينار.

وقيل: بل الكلام على التفصيل إن كان ذهباً فيرد ذهبا، وإن كان دراهم فيرد دراهم.

وقد يحتمل أن يكون المراد بذكر الدنانير هنا الذهب، ولم يقصد كثرتها، فإن كان المردود في المسألة ذهباً أقل من دينار جاز، وإن كان رأس المال فضة، وإن رد دراهم فعلى المقاصة، وإن كانت كثيرة[1]، وإن رد دراهم فعلى أنها دون صرف دينار.

والمشش[2] في الدابة عيب في قوائمها.

ومعنى نبهرجه: أي زيوف، كذا ضبطنا هذا الحرف في الأم لجميعهم[3]- بفتح النون قبل الباء – وصوابه: بهرجة بإسقاط النون جملة[4].

وأبو المليح، بفتح الميم.

والرقة - بتخفيف القاف وكسر الراء -: الفضة المسكوكة.

قال بعضهم: ولا يقال في غير المسكوك إلا الورق، وحكى بعضهم أنهما[5] بمعنى واحد، ينطلق على المسكوك وغيره[6].

وقوله في مسألة المصالح عن غيره: [(فإنما قضى حين صالح عن الذي

---

(1) زاد في (ح): (وإن كان رأس المال ذهبا فعلى المقاصة، وإن كانت كثيرة).

(2) في (ح): (والغش).

(3) قوله: (لجميعهم) ساقط من (ح).

(4) انظر: لسان العرب: 2/ 217، ومختار الصحاح: 1/ 121.

(5) في (ح): (أنها).

(6) قوله: (إلا الورق، وحكى بعضهم أنهما ... وغيره) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عليه الحق فالحق عليه)][1]، هكذا رواية بعضهم.

معناه أنه ضامن لما صالح به[2] كما نص عليه قبل في الباب.

وعند ابن وضاح وابن القاسم: الذي عليه الحق فالحق عليه، وكذا في[3] رواية الجمهور من القرويين.

وعند ابن باز: فالحق عليه.

وقوله في مسألة [(المصالح عن مائة دينار، ومائة درهم بمائة دينار ومائة[4] درهم لم أجاز هذا مالك وهو لا يجيز مائة دينار، ومائة درهم بمائة دينار ومائة درهم؟)][5].

كذا في كتاب[6] ابن عتاب، وهي رواية ابن باز في كتاب ابن المرابط وابن سهل.

وعند ابن المرابط لابن[7] وضاح، وأحمد، ويحيى: وأنت لا تجيز مائة[8] دينار، ومائة[9] درهم، قال ابن خالد: وهذه الرواية أصح وأوفق لجوابه

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 7/ 427، و(العلمية): 3/ 392، و(السعادة/ صادر): 11/ 380، و(تهذيب البراذعي): 3/ 336.

(2) قوله: (به) ساقط من (ح).

(3) قوله: (في) ساقط من (ح).

(4) قوله: (مائة) ساقط (ح): (و).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 431، و(العلمية): 3/ 395، و(السعادة/ صادر): 11/ 383، و(تهذيب البراذعي): 3/ 338.

(6) في (م) و(ح): (رواية).

(7) في (ر2): (ابن)، وفي (ح): (وابن).

(8) في (ح): (بمائة).

(9) في (ح): (و).

في المسألة.

وقوله في آخر الباب[1] في: [(الذي له مائة دينار ومائة درهم حالة[2] فصالحه من ذلك على مائة درهم، وعشرة دراهم مؤجلة: إنه لا يجوز)][3]، وتفريقه بينها[4] وبين المسألة الأولى بقوله؛ لأن المسألة الأولى إنما أخذ أحد حقيه، وذلك مائة دينار وأخذ من مائة درهم درهماً، وترك تسعة وتسعين، هذه رواية ابن وضاح.

وفي رواية ابن باز: إنما أخذ أحد حقيه[5]، وأخذ ما ذكرت من العشرة دراهم، وترك الدنانير.

قال أبو محمد الأصيلي[6]: ورواية ابن وضاح أصح.

وفي بعض الروايات عن ابن باز[7]: وأخذ بما بقي ما ذكرت لك من الدراهم، وهو[8] بمعنى رواية ابن وضاح.

تم كتاب الصلح بحمد الله[9].

---

(1) في (ر2): (باب).

(2) قوله: (حالة) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 435، و(العلمية): 3/ 397، و(السعادة/ صادر): 11/ 385.

(4) في (ر2): (بتهما).

(5) قوله: (وذلك مائة دينار... أخذ أحد حقيه) ساقط من (ح).

(6) قوله: (الأصيلي) ساقط من (ر2) و(ح).

(7) قوله: (عن ابن باز) ساقط من (م).

(8) في (ر2) و(ح): (وهي).

(9) قوله: (تم كتاب الصلح بحمد الله) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الجعل والإجارة

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الجعل والإجارة

قال أهل اللغة: يقال: أجرت فلانا، وآجرته بالمد والقصر[1]، وكذلك آجره الله وأجره وهما بمعنى[2]، وأصلهما الثواب، وأنكر بعضهم في الإجارة المد والقصر[3] وهو صحيح، حكاهما غير واحد[4].

والإجارة: بيع منافع معلومة، بعوض[5] معلوم، وهي معاوضة صحيحة، يجري فيها جميع ما يجري في البيوع من الحلال والحرام.

وأما الجُعل فرخصة، وأصل منفرد لا يقاس عليه، وهو أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً ولا ينقده إياه على عمل يعمله له معلوم أو[6] مجهول مما فيه منفعة للجاعل - على خلاف في هذا الأصل[7] - على أنه إن عمله كان له الجعل، وإن لم يتم فلا شيء له مما لا منفعة[8] فيه للجاعل إلا بعد تمامه.

وقد أنكر هذا العقد جماعة من العلماء، ورأوه من الغرر والخطر[9].

والأصل في ذلك قوله[10] تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: 72] مع العمل من كافة المسلمين به.

---

(1) انظر: لسان العرب: 2/ 31 و32، ومختار الصحاح: 1/ 3، والمصباح المنير: 1/ 19.

(2) انظر: الصحاح: 2/ 516.

(3) قوله: (والقصر) زيادة من (م).

(4) انظر: الصحاح: 2/ 304.

(5) في (ح): (لعوض).

(6) في (ح): (و).

(7) في (ر2): (الفصل).

(8) في (ر2): (ينفعه).

(9) في (ر2): (الحطار).

(10) قوله: (قوله) يقابله في (ر2): (قول الله).

وقوله: [(فيمن باع سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة: إن كان شرط[1] خلف المال إن[2] تلف جاز)][3]، فيه دليل على أن السمسار والأجير غير ضامن لما بيده مما يشتري به أو يبيع، وانظرها[4] في آخر[5] كتاب العيوب.

وقوله في مسألة الغنم[6] إن اشترط الخلف ضرب على [163/ ب] ذكر الاشتراط في كتاب ابن وضاح، عند ابن عتاب، حيث وقع في الباب، وقال: لم يقرأه[7] سحنون، وقال: لا بأس به في الغنم والدنانير، وإن لم يشترط خلفها والحكم يوجبه وإن لم يشترط[8]، وهو قول ابن الماجشون وأصبغ.

وقوله في مسألة: [(أبيعك نصف ثوب على أن تبيع لي نصفه، ذلك جائز[9]، إذا ضرب أجلاً- ثم قال: - ولو قال أبيعك[10] أو[11] نصف هذا الثوب أو نصف هذا الحمار على أن تبيع لي النصف الآخر، بموضع كذا، أو

---

(1) في (ر2): (اشترط).

(2) في (ح): (أو).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 29، و(العلمية): 3/ 414، و(السعادة/ صادر): 11/ 403، و(تهذيب البراذعي): 3/ 341.

(4) في (ح): (انظرها).

(5) في (ر2) و(ح): (أول).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 32، و(العلمية): 3/ 414، و(السعادة/ صادر): 11/ 466، و(تهذيب البراذعي): 3/ 341.

(7) في (م): (يقره).

(8) قوله: (يوجبه وإن لم يشترط) ساقط من (ح).

(9) في (م): (أجائز).

(10) قوله: (قال أبيعك) ساقط من (ر2)، ويقابله في (ح): (أقال أبيعك).

(11) قوله: (أو) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال: أبيعك نصف هذا الطعام وهو بالفسطاط على أن تخرج[1] به كله إلى بلد آخر فتبيعه[2]، قال: قال مالك: لا يجوز هذا[3].

- ثم قال: - ولو[4] قال له: أبيعك نصف هذه الأشياء التي سألتك عنها على أن تبيع لي نصفها[5] في الموضع، حيث بعته السلعة، قال: لا بأس به)][6] ضرب في كتاب ابن وضاح على ذكر الطعام من المسألة الأولى من قوله: **أو قال أبيعك نصف هذا الطعام** إلى قوله **قال: قال مالك**؛ لعلة البيع والسلف.

قال يحيى بن عمر: وخطه[7] سحنون؛ قال: وإنما تصح[8] المسألة بطرحه لعلة البيع والسلف[9].

وقال[10] فضل: وهذا فيما لا يكال[11] ولا يوزن، فأما ما يكال ويوزن[12] فلا يجوز؛ لأنه إن[13] باعه دون الأجل رجع عليه في بعض ما باع

---

(1) في (ر2) و(ح): (يخرج).

(2) في (ر2) و(ح): (فيبيعه).

(3) قوله: (هذا) زيادة من (ر2).

(4) في (ر2) و(ح): (فلو).

(5) قوله: (لي نصفها) يقابله في (ح): (نصفه).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 33، و(العلمية): 3/ 415، و(السعادة/ صادر): 11/ 404، و(تهذيب البراذعي): 3/ 341.

(7) في (م): (حطه)، وفي (ح): (وحطه).

(8) في (ح): (تتم).

(9) قوله: (لعلة البيع والسلف) زيادة من (ح).

(10) في (ح): (قال).

(11) في (ر2): (يوكل).

(12) في (ح): (أو يوزن).

(13) قوله: (إن) ساقط من (ح).

فصارت بيعاً وسلفاً.

وحكى مثله عن سحنون، وأجازه[1]، وأجاز ذلك في كتاب محمد، ومنعه محمد فيما ينقسم، وما لا ينقسم[2]، قال: لأن المبتاع فيما لا ينقسم لا يقدر على أن يحدث فيما اشترى حدثاً، ولو كان مما[3] ينقسم مما يعرف بعينه، ويأخذ نصيبه متى شاء، جاز إذا ضرب الأجل[4]، وهو قول بعض الرواة عن مالك في المدونة.

قال ابن لبابة: إن[5] كان على وجه الجعل والإجارة[6].

قال في الكتاب: وكذلك إذا كان على أن يبيع في البلد، إذا ضرب الأجل.

قال ابن لبابة[7]: هو عندي[8] جائز في جميع الأشياء، إلا في الطعام.

وقوله[9] في ذلك: [(فإذا ضرب الأجل فهو أحرم[10] له)][11]؛ لأنه تحجير، ومقتضاه سلعة معينة لا ينتفع بقبضها إلى أجل، فكأنه من بيع المعين إلى

---

(1) قوله: (وأجازه) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 12.

(3) في (ح): (ما).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 12.

(5) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(6) قوله: (إن كان على وجه الجعل والإجارة) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (قال في الكتاب: وكذلك على أن يبيع ... ابن لبابة) ساقط من (ر2).

(8) في (ح): (عقد).

(9) في (ح): (قوله).

(10) في (ح): (حرام).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 36، و(العلمية): 3/ 416، و(السعادة/ صادر): 11/ 405، و(تهذيب البراذعي): 3/ 342.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أجل يقبض إليه، وكأنه تحجير للنصف الذي اشتراه منه.

قال[1] ولأنه لا يدري ما باع به نصف ثوبه، إنما سمى له، أم بشيء[2] آخر[3]؟ لأنه إن لم يبع رجع عليه[4] في نصف المبيع[5]، بما يقع للإجارة، وكذلك[6] إن باعه في بعض الأجل.

وفي الموطأ في بيع نصف ثوب على أن يبيع له النصف الآخر: هذا جائز[7].

قال ابن لبابة: أحسبه يريد: ضرب أجلاً أم لا، في بلده أو في[8] غير بلده وله من الأجل إن لم يضرب قدر ما يباع إليه.

وقال ابن حبيب: إن كان ذلك فيما[9] لا ينقسم جاز إن ضرب[10] أجلاً ولا خير فيه فيما ينقسم، وإن ضرب الأجل؛ لأنه كأنه[11] اشترى منه ثمن نصف ذلك[12].

وقول سحنون بعد [(ما خلا الطعام والشراب، فإنه لا يجوز، وأما غير

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (م).

(2) قوله: (أم بشيء) يقابله في (ح): (أنه شيء).

(3) قوله: (أم بشيء آخر) يقابله في (ر2): (أنه شيء آخر).

(4) في (ح): (إليه).

(5) في (ح): (البيع).

(6) في (ح): (وكذا).

(7) انظر: الموطأ: 2/ 676.

(8) قوله: (في) ساقط من (ر2) و(ح).

(9) قوله: (كان ذلك فيما) يقابله في (ح): (قال ذلك مما).

(10) في (ر2): (وإن لم يضرب).

(11) في (ح): (كان).

(12) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 349، والتبصرة، للخمي، ص: 4926.

الطعام والشراب فإذا ضرب أجلاً فلا بأس به)][1] سقط لفظ سحنون فيها من روايتنا، وثبت في الأمهات: قوله: **ما خلا الطعام والشراب فإنه**[2] **لا يجوز، وأما غير الطعام**، وسقط عند ابن[3] وضاح، وأحمد بن داود، وثبت للدباغ والإبياني، وإبراهيم بن هلال.

وفي حاشية كتاب ابن عتاب، هذا المعلم[4] عليه أدخله سحنون، وكانت روايته عن ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس به في الطعام وغيره.

وقال[5] فضل: أصلحت في المدونة، وأصلها[6] لابن وهب، وعبد العزيز ابن أبي سلمة أنها إنما تجوز فيما لا يكال ولا يوزن.

قال القاضي رحمه الله: وكذا في مدونة ابن عتاب وابن المرابط آخر المسألة: ابن وَهْب، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة[7].

قال بعضهم - ونحوه لمحمد -: ولو كان حين ضرب الأجل شرط عليه إن باع هذا النصف قبل تمام الأجل جاءه بطعام آخر ليبيعه إلى الأجل جاز في كل شيء، إذا استعمله في مثل ذلك.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 33، و(العلمية): 3/ 415، و(السعادة/ صادر): 11/ 404، و(تهذيب البراذعي): 3/ 342.

(2) في (ح): (وأنه).

(3) قوله: (ابن) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (التعلم).

(5) في (م) و(ح): (قال).

(6) في (م): (وأصلحها).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 33، و(العلمية): 3/ 415، و(السعادة/ صادر): 11/ 404.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله: [(في إجازة الجعل في[1] الثوب والثوبين والشيء اليسير)][2]، وقال[3] بعضهم: وهذا[4] إذا سمى لكل ثوب جعله، وإلا لم يجز كما فسروه في مسألة الآبقين[5]، ويدخلها من الخلاف ما وقع هناك، فانظرها.

وقوله: [(وإنما[6] يجوز الجعل في الشيء القليل)][7].

حكى القاضي أبو محمد أن من شرط[8] الجعل أن يكون في الشيء[9] القليل[10]، وخالفه غيره وقال: الجعل جائز[11] في كل شيء، كثيراً كان أو قليلاً مما لا يصح للجاعل فيه منفعة، إلا بتمامه[12]، وهذا هو الأصل، وقد[13] قدمناه.

وإنما قال مالك: هذا في البيع دون غيره، كما سنبينه إن شاء الله.

---

(1) في (ر2): (و).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 34، و(العلمية): 3/ 415، و(السعادة/ صادر): 11/ 404، و(تهذيب البراذعي): 3/ 343.

(3) في (م): (قال).

(4) في (م) و(ح): (هذا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 119 و120، و(العلمية): 3/ 468، و(السعادة/ صادر): 11/ 458 و 459، و(تهذيب البراذعي): 3/ 390.

(6) في (م): (إنما).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 34، و(العلمية): 3/ 415، و(السعادة/ صادر): 11/ 404، و(تهذيب البراذعي): 3/ 343.

(8) في (ر2): (شروط).

(9) قوله: (الشيء) زيادة من (ر2).

(10) انظر: المعونة، للقاضي: 2/ 119.

(11) قوله: (جائز) ساقط من (ح).

(12) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 19.

(13) في (ر2): (الذي).

وقوله: [(لا يصلح[1] الجعل على بيع الثياب الكثيرة)][2].

معناه: على أنه لا يأخذ شيئا إلا ببيع جميعها، وأما على أن يأخذ على قدر[3] ما باع فهو جائز.

ومعناه عندهم: أنه سمى لكل ثوب شيئاً معلوماً أو كانت متساوية القيم، أو قال له: على أن فض[4] الأجرة على العدد، ولو كان على القيم لم يجز بوجه.

وقد قال بعد هذا: [164/ أ] [(لأن السلع الكثيرة تشغل[5] بائعها على أن يشتري أو يبيع أو يعمل في غيرها[6]، فلا يصلح[7] إلا بالإجارة المعلومة)][8].

قال ابن لبابة وغيره: مذهبهم في الجعل على البيع أنه ما كان يعرض للبيع فيباع، كالرقيق والثياب والدواب فلا يجوز الجعل في ذلك، إلا في الشيء الواحد أو الاثنين، التي لا تشغل[9] صاحبها، كما نص عليه في الكتاب، وهو مفسر في هذه المسألة.

وإن كان المبيع مما يصاح عليه ولا ينقل[10] كما ينقل[11] المتاع، كالدور

---

(1) في (م) و(ر2): (يصلح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 34، و(العلمية): 3/ 415، و(السعادة/ صادر): 11/ 404، و(تهذيب البراذعي): 3/ 343.

(3) قوله: (على قدر) يقابله في (ر2): (بقدر).

(4) في (ر2): (بعض)، وفي (ح): (تقبض).

(5) في (ر2): (يشغل).

(6) قوله: (في غيرها) يقابله في (ر2) و(ح): (لغيرها).

(7) في (م) و(ر2): (يصلح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 46 ، و(العلمية): 3/ 423، و(السعادة/ صادر): 11/ 412.

(9) قوله: (الاثنين، التي لا تشغل) يقابله في (ح): (اثنين والتي لا يشعل).

(10) في (م): (يشغل).

(11) في (م): (يشغل).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وشبهها فالجعل فيه جائز وإن كثر، وهذا مفسر في جعل المستخرجة، وكذلك الجعل في عمل الأيدي جائز، وإن كثر.

ثم إن نزل احتيج إلى تسمية ما[1] يكون لكل واحد من تلك الأشياء من الجعل ولا يعامله بشيء على الجميع إلا أن يقول: جعلك على العدد لا على القيمة، وكذلك الجعل على الإباق.

قال القاضي رحمه الله: إلا أن تكون الأشياء متساوية كلها.

قال ابن لبابة: وقد اختلف في مسألة الآبقين اللذين جعل لمن أتى بهما عشرة[2] إذا لم يجعل لكل واحد منهما شيئا بعينه[3] فقال هنا جعله فاسد، وقال: فإن جاء بواحد فله فيه على قدر عنائه وعمله[4]، وظاهر قوله هذا أن له أجر مثله كما قال في المسألة قبلها: إذا جاعله[5] على نصفه،[6] وعلى هذا اختصرها أكثرهم.

وقيل: إنما يجب[7] في مثل هذا جعل المثل، كما جعلوا في القراض الفاسد قراض المثل.

وقال ابن نافع: له نصف المجعول فيهما[8].

---

(1) في (ح): (عما).

(2) قوله: (عشرة) ساقط من (ح).

(3) في (ر2): (بعينها).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 120، و(العلمية): 3/ 468، و(السعادة/ صادر): 11/ 459، و(تهذيب البراذعي): 3/ 390 و391.

(5) في (ر2): (جعله).

(6) في (ر2): (نصف).

(7) في (ر2): (يوجب).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 120، و(العلمية): 3/ 468، و(السعادة/ صادر): 11/ 459، =

وقال عيسى عن ابن القاسم: له من الجعل بقدر قيمته من قيمة الآخر، وقاله أصبغ وأَشْهَب[1].

قال[2] ابن القاسم: فإن استويا فله خمسة وأكره هذا الجعل، وعن أَشْهَب وعيسى وأصبغ[3] إجازة مثل هذا.

قال القاضي رحمه الله: وهو ظاهر قول ابن نافع في الكتاب، وفي تفسير يحيى لابن القاسم، إذا جعل الجعل فيهم على العدد فجاء بأرفعهم أو أدناهم جاز وهذا[4].

وقد قيل: إن الجعل في مثل هذا إنما يجوز على الأعداد فعلى هذا يجوز ابتداء، وعليه يأتي قول ابن نافع، فانظره فهي أربعة وجوه:

إن سمى ما لكل واحد إن جاء به وحده جاز باتفاق.

وإن شرط أنه لا شيء فيه إلا بمجيئهما[5] جميعاً لم يجز باتفاق[6].

وإن أبهم اختلف في جوازه.

وكذلك إن[7] قال: إن جاء بأحدهما فله على حساب قيمتهما يوم أبق، ولو كان على قيمتهما[8] يوم الوجود لم يجز بوجه؛

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 391.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 19.

(2) في (ح): (وقال).

(3) قوله: (وأصبغ) ساقط من (ح).

(4) قوله: (وهذا) ساقط من (م).

(5) في (ح): (بالمجيء بهما).

(6) قوله: (وإن شرط أنه لا شيء فيه إلا بمجيئهما جميعا لم يجز باتفاق) ساقط من (م).

(7) في (ر2): (لمن).

(8) في (ح): (جميعهما).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لجهالتهما[1] بذلك.

قالوا: والشراء خلاف البيع، يجوز الجعل فيه، وإن كثر؛ لأن الشغل بالعين خلاف الشغل بالعرض - كما[2] تقدم - والشغل[3] بالشراء بالعين كالشغل ببيع الثوب والثوبين في الخفة، ولأن الجاعل ينتفع بحفظ المجعول له للثياب تلك المدة، ونظره فيها وإشادته في السوق بها[4] إلى أن يردها[5] إليه.

قالوا: ولو لم يدفعها إليه، وإنما كان يعطي له منها ثوباً ثوباً، أو ما باع منها لجاز وإن كثرت، واستوى هنا البيع والشراء، وكانت كالدور يصاح عليها أو على الرقيق التي تشاد، وينادى عليها وهي بأيدي مالكيها، فالجعل في هذا جائز، وإن كثر، إذا كان لكل واحد من ذلك جعل معلوم على ما تقدم.

وكذلك قالوا لو شرط في شراء الكثير أن يمسكها المجعول له، ويحفظها حتى تكمل لم يجز فيها الجعل، واستوى حكمها وحكم البيع.

وقوله: [(وإن[6] باع حنطة في سنبلها على أن يدرسها ويذريها كل قفيز بكذا ذلك جائز)][7].

انظر، فلم يذكر الحصاد، فظاهره: أنه محصود فهو دليل على جواز بيع

---

(1) في (م): (بخالتهما).

(2) في (ر2): (فما).

(3) في (ر2): (بالشغل).

(4) في (ح): (لها).

(5) قوله: (إلى أن يردها) يقابله في (م): (إن ردها).

(6) في (م): (إن).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 38، و(العلمية): 3/ 418، و(السعادة/ صادر): 11/ 407، و(تهذيب البراذعي): 3/ 345.

الزرع المحصود حزماً، وفيه تنازع.

وقوله: [(إنما سأله عن الرجل يبيع القمح على أن على البائع طحنه[1] مرارا فرأيته يخففه)][2]، فهو يشعر بما صرح[3] به من الخلاف في التجارة إلى أرض الحرب[4] أنه كان يستثقله، ثم خففه.

قال بعضهم: أجاز ابن القاسم البيع والإجارة في صفقة[5] مرة، ومرة منعها، ومنها هذه المسألة.

وقوله في مسألة الخياطة: [(وقول عبد الرحمن أحسن)][6]، كذا لابن باز[7]، وعند ابن وضاح: حسن.

وقوله: [(اعمل على دابتي فما عملت من شيء فهو[8] بيننا)][9] أن الكسب للعامل، وله أجر دابته، بخلاف قوله: اكتر دابتي أو الحمام أو السفينة، هذا لربها.

وفي رواية الدباغ: اعمل لي على دابتي، بزيادة: لي وجاء بالجواب المتقدم.

---

(1) في (ح): (طحينه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 39، و(العلمية): 3/ 419، و(السعادة/ صادر): 11/ 407، و(تهذيب البراذعي): 3/ 345.

(3) في (ح): (يصرح).

(4) قوله: (إلى أرض الحرب) ساقط من (ح).

(5) قوله: (في صفقة) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 40، و(العلمية): 3/ 419، و(السعادة/ صادر): 11/ 408.

(7) في (م): (دينار).

(8) قوله: (فهو) ساقط من (ر2) و(ح).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 41، و(العلمية): 3/ 420، و(السعادة/ صادر): 11/ 409، و(تهذيب البراذعي): 3/ 346.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي كتاب ابن الجلاب: اشتراطه لي بخلاف إذا لم يقلها، والغلة هنا لرب الدابة، والصواب الأول، ولا فرق قال: لي[1] أو لم يقلها؛ إذ هو المقصود، والأجرة في كل[2] ذلك مجهولة.

وانظر قوله في الكتاب والسفن في ذلك مثل الدواب[3].

وقوله: [(والسفن إذا دفعها لقوم يعملون فيها كان ما كسبوا لهم وعليهم كراؤها [164/ ب] وتفريقه في السفينة والحمام بيّن، وآجرهما ولك نصف ما يخرج، أو اعمل فيهما ولك نصف ما تكسب؛ أن له في عمله فيهما[4] كسبه، وعليه الإجارة، وفي إجارته الكسب لصاحبيهما[5]، وللعامل[6] أجر[7] مثله)][8] يدل على قول ابن حبيب، وتفصيله، وقول محمد وتفسيره، وأن جميعه وفاق لما في المدونة وتفسير له.

وأصل[9] هذا أنه إذا قال له: وآجرهما فهو أجير والعمل لربها، وإذا قال له: اعمل عليها فما كان مما ينتقل به ويتولى هو النظر فيه، وتصريفه والقيام

---

(1) قوله: (لي) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (كل) زيادة من (ح).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 42، و(العلمية): 3/ 421، و(السعادة/ صادر): 11/ 409.

(4) قوله: (عمله فيهما) يقابله في (ح): (عمل).

(5) في (م) و(ر2): (لصاحبهما).

(6) في (م): (العامل).

(7) في (ح): (أجرة).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 42 و43، و(العلمية): 3/ 421، و(السعادة/ صادر): 11/ 410، و(تهذيب البراذعي): 3/ 346 و347.

(9) في (ر2): (وأن).

عليه، كالعبيد والدواب والسفن فالأجرة[1] له، وعليه كراء تلك الأشياء لربها[2]، بقدر[3] عملها وحبسها وما كان مما لا[4] يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه، كالرباع[5] فهو أجير والكسب لربها، ويستوي في هذا إذا عمل[6]: اعمل أو آجر.

وإبراهيم بن نشيط، بفتح النون وكسر الشين.

وسعد القرظ[7]، بفتح الراء وعجم الطاء[8]، ويقال بكسر الظاء[9] على الإضافة، وبضمها معاً على اللقب؛ لأنه كان يتجر به وهو الصمغ، وكان مؤذناً للنبي ﷺ.

ويذبح[10] ويسلخ، بفتح الباء واللام فيهما في المستقبل، وبضمهما معا[11].

والجص[12] - بالفتح والكسر - الجبس[13].

---

(1) في (ح): (فالأجر).

(2) في (م): (لربهما).

(3) في (ح): (بقرب).

(4) قوله: (لا) ساقط من (م).

(5) في (ح): (كالدباغ).

(6) قوله: (إذا عمل) زيادة من (م).

(7) في (م): (العرض).

(8) في (م): (الضاد).

(9) قوله: (ويقال بكسر الظاء) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (ويدبغ).

(11) قوله: (فيهما في المستقبل، وبضمهما معا) ساقط من (ح)، وقوله: (وبضمهما معا) ساقط من (ر2).

(12) في: (ر2) و(ح): (وبفتحهما معا والجص).

(13) ما أورده عياض في كلمة (الجص) بفتح وكسر الجيم وافقه فيه بعض علماء اللغة، غير أن

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والجرب - بضم[1] الجيم والراء - جمع جراب: وهي الأوعية.

والآجر، ممدود الهمزة، ومشدد[2] الراء.

ويحذقهم القرآن: أي: يحفظهم إياه ويحسن تعليمه لهم[3].

وابن مصبح، بضم الميم وفتح الصاد المُهمَلَة وكسر الباء بواحدة.

قال ابن وضاح: كان يصبح المسجد، أي: يوقد مصابيحه، وكان رجلاً صالحاً.

وقوله: [(شعراً أو نوحاً)][4].

كذا هو، ومعناه: نوح المتصوفة، وأناشيدهم على طريق النوح والبكاء المسمى بالتغني[5]، ورواه بعضهم نحوا[6] وهو غلط، وخطأ.

والمعازف: عيدان الغناء.

وقوله في: [(الإجارة على أشياء كثيرة لرجال شتى في صفقة لا تجوز)][7]

منهم من رجح لغة على أخرى، أو أنكر إحداهما تماما، وقد فصل ذلك الجوهري؛ فقال: «الجِص والجَص: ما يُبنى به، وهو معرّب، الأول بالكسر - وهو الأفصح - كما في شروح الفصيح، خلافا لابن السكيت حيث منعه، وللقاموس حيث قلله، والثاني بالفتح وإن أنكره ابن دريد»، وأورد ذلك غير واحد من اللغويين.

انظر: إصلاح المنطق، ص: 32، والصحاح: 3/ 1032، والمحكم والمحيط الأعظم: 7/ 176، والمغرب في ترتيب المعرب: 1/ 147، ولسان العرب: 7/ 10، والمصباح المنير: 1/ 102.

(1) في (ر2): (بفتح).

(2) في (ر2): (مشدد).

(3) في (ر2): (تعليمهم له).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 60، و(العلمية): 3/ 431، و(السعادة/ صادر): 11/ 420، و(تهذيب البراذعي): 3/ 355 ولفظه: (الشعر والنحو).

(5) في (م): (بالتعي)، وفي (ح): (بالتعيير).

(6) في (م): (نوحا).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 140، و(العلمية): 3/ 479، و(السعادة/ صادر): 11/ 471، و(تهذيب البراذعي): 3/ 441.

ثم ذكر قول أشهب بجوازه.

ووقع آخر الباب[1] في بعض النسخ، قال سحنون: وعبد الرحمن يجيزه أيضاً، وهو عندنا جائز ولم يكن في روايتنا هذا ولكن القولان له منصوصان في البيوع الفاسدة ومثله في الجواز في التجارة إلى أرض[2] الحرب وفي الشفعة[3]، ومنعها أيضاً في كتاب الرواحل، وفي جعل العتبية القولان جميعاً له.

وقوله في مسألة: [(اختلاف صاحب الرحى[4] ومكتريها في مدة انقطاع الماء)][5]، ولم ينظر في النقد من غير النقد فانظره مع مسألة كراء الرواحل، ومراعاة[6] ذلك، والباب واحد.

وقوله: [(هل كان مالك يكره الدفاف في الأعراس أم[7] يجيزه، وهل كان يجيز الإجارة فيه؟

قال: كان يكره الدفاف والمعازف[8] كلها في العرس، وذلك أني سألته عنه فضعفه)][9].

---

(1) في (م): (الكتاب).

(2) قوله: (إلى أرض) يقابله في (ر2): (لأرض).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 419، و(العلمية): 4/ 219، و(السعادة/ صادر): 14/ 414 و415، و(تهذيب البراذعي): 4/ 132 و133.

(4) في (م) و(ر2): (الرحاء).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 49، و(العلمية): 3/ 425، و(السعادة/ صادر): 11/ 414، و(تهذيب البراذعي): 3/ 350.

(6) في (ح): (ومراعاته).

(7) في (ح): (لم).

(8) في (ح): (والمتعارف).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 62، و(السعادة/ صادر): 11/ 421، و(العلمية): 3/ 432، و(تهذيب البراذعي): 3/ 357.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ظاهره: أنه[1] راجع[2] إلى الإجارة التي ترجم عليها، وهو أشبه فبين أنه ليس من عمل الصالحين.

والإجارة في مثل هذا ظاهرة الكراهة[3]، وعلى الإجارة اختصرها أكثر المختصرين، وإن كان ضرب الدف[4] مباحاً في العرس، فالإجارة ليست مثله فليس كل مباح تجوز الإجارة عليه.

قال بعضهم: يريد بقوله: فضعفه تضعيف قول من يجيزه، وإن كان التضعيف يعود على ضرب الدفاف المباح ضربها في العرس فهو غير المعروف من قوله وقول العلماء.

وقد قال: [(أكره[5] الملاهي كلها في الأعراس والولائم[6] وغيرها)][7]، وأنكر الصوت في هذا كله، إلا ما جاء في الحديث.

ووقع له في سماع ابن وهب في اللهو في العرس، إذا كان كثيراً مشتهراً أنا[8] أكرهه، فإن كان خفيفا فلا بأس به[9].

وقد قالوا: إن مثل الدف المباح يجوز استئجاره، وأما المعازف فلا يجوز

---

(1) قوله: (أنه) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (يرجع).

(3) في (ر2) و(ح): (الكراهية).

(4) في (ر2): (الدفاف).

(5) في (ح): (أضرب).

(6) في (ر2) و(ح): (الوليمة).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 62، و(السعادة/ صادر): 11/ 421، و(العلمية): 3/ 432، و(تهذيب البراذعي): 3/ 357.

(8) قوله: (مشتهرا أنا) يقابله في (ح): (مشعورا وأنا).

(9) انظر: شرح الأبهري على الجامع، لابن عبد الحكم، ص: 137.

ضربها ولا استئجارها، وهي من أنواع البرابط[1] والعيدان.

وقوله في: [(الرجل يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه، وكراهيته له)][2] في رواية ابن القاسم، وكذلك الذي أجر بيته من قوم[3] ليصلوا فيه؛ قال: لا يعجبني ذلك وهو كمن أكرى المسجد، وقول غيره في البيت: لا بأس باستئجاره ممن يصلي فيه رمضان[4]، وإجازته اكتراء[5] الدار على أن تتخذ[6] مسجداً، بين هذه المسائل فرق.

أما الأول الذي بنى مسجداً فأكراه فلو أباحه للمسلمين لكان حبساً[7] لا حكم له ولا لأحد فيه.

وإن كان لم يبحه، إنما فعل ذلك ليكريه فهذا ليس من مكارم الأخلاق، وهذا معنى قوله - والله أعلم - في كراء[8] المسجد: **لا يصلح**، وفي البيت: **لا يعجبني**، وأنه يجوز لو فعله كما أجاز إجارة المصحف لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأفعال أهل الدين، وهذا معنى منع محمد [165/ أ] عندي لإجارة المصحف[9]، والفرق على هذا بين[10] بيعه وإجارته بين، ألا تراه كيف كره إذا

(1) في (م) و(ر2): (المرابطة).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 64، و(العلمية): 3/ 434، و(السعادة/ صادر): 11/ 423، و(تهذيب البراذعي): 3/ 359.

(3) قوله: (من قوم) يقابله في (ح): (لقوم).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 64 و65، و(العلمية): 3/ 434، و(السعادة/ صادر): 11/ 423، و(تهذيب البراذعي): 3/ 359.

(5) قوله: (وإجازته اكتراء) يقابله في (م) و(ح): (وإجارته أكثر).

(6) قوله: (على أن تتخذ) يقابله في (ر2): (على يتخذ).

(7) في (ر2): (حسنا).

(8) في (ح): (ذكر).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 61، التبصرة، للخمي، ص: 4956.

(10) في (ح): (وبين).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

جعل متجراً والإجارة متجر مقصود بخلاف إذا دعت حاجة إلى ثمنه.

وقوله بعد هذا[1]: [(وهو كمن أكرى المسجد، بخلاف الذي أكرى أرضه أو داره لتتخذ[2] مسجداً)][3]؛ لأن هذا أكرى ما يجوز له كراؤه ليفعل فيه مكتريه ما شاء.

قال بعضهم: وكذلك عندي لو سلم[4] البيت لمكتريه لكان كالدار، وإنما يكره[5] كراؤه منهم أوقات الصلاة فقط، ثم يرجع إليه[6] في غيرها، وهذا صحيح بين؛ لأنه أكراه منهم في الجملة لينتفعوا[7] به مدة كرائه للصلاة وغيرها، وفيما شاء ومما هو من[8] جنس الصلاة.

وإذا كان الكراء في المسألة الأخرى في أوقات الصلوات فقط، كان كراء للصلاة وحدها فقبيح[9]، ولم يصلح، ولم يعجبه؛ إذ ليس من مكارم الأخلاق، فعلى هذا يحتمل أن يكون قول الغير وفاقاً، ويكون كلامه على وجه، وكلام ابن القاسم على وجه[10] آخر كما شبهه بإجارة المسجد، أو يكون[11] الغير تكلم

---

(1) قوله: (هذا) زيادة من (ح).

(2) في (ر2) و(ح): (ليتخذ).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 64 و65، و(العلمية): 3/ 434، و(السعادة/ صادر): 11/ 423، و(تهذيب البراذعي): 3/ 359 و360.

(4) في (م): (اسلم).

(5) في (ر2) و(ح): (كره).

(6) في (ح): (إليهم).

(7) في (ر2) و(ح): (لينتفعون).

(8) في (ح): (في).

(9) في (م): (فقبح).

(10) قوله: (وجه) ساقط من (ر2) و(ح).

(11) في (ر2): (تكون).

على الجواز، إذا وقع وفعل، وقول[1] ابن القاسم على كراهية[2] فعله ابتداء، وهو ظاهر قول غيره لقوله[3] ممن يصلي فيه رمضان، والله أعلم.

وكأن[4] حمديس أشار إلى أن قوله في الدار خلاف قوله في البيت، وأنه لا فرق بينهما فعلى قوله يدخل من الخلاف في مسألة الدار ما يدخل في مسألة البيت، وسقط قول غيره في رواية يحيى.

وقول غيره في أهل العنوة: [(وليس عليهم خراج في قراهم التي أقروا فيها، وإنما الخراج على الأرض)][5]، انظره[6] مع مسألة الجزية في الجهاد، وما نص عليه هنا، وما اختلف فيه من تأويل ذلك.

وعِياض بن عبد[7] الله السَلامي - بفتح السين وتخفيف اللام - كذا عندنا[8] وهي رواية الإبياني وغيره.

وعند الدباغ: ابن عبد[9] الله.

وفي حديثه[10]: [(إن لي إبلاً تعمل[11] في السوق ريعها صدقة)][12]،

---

(1) في (م): (وتكلم).

(2) في (ر2): (كراهة).

(3) قوله: (لقوله) ساقط من (ح).

(4) في (م): (كأن).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 67، و(العلمية): 3/ 436، و(السعادة/ صادر): 11/ 424، و(تهذيب البراذعي): 3/ 362.

(6) في (م): (فانظره)، وفي (ح): (انظر).

(7) في (ر2): (عبيد).

(8) في (ح): (عنده).

(9) في (م): (عبيد).

(10) في (ح): (حدثه).

(11) في (ر2): (يعمل).

(12) انظر: المدونة (زايد): 8/ 68، و(العلمية): 3/ 436، و(السعادة/ صادر): 11/ 425.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وكذا[1] رواية الدباغ وغيره عند ابن[2] وضاح، وعند[3] ابن عتاب.

وعنده[4] لابن وضاح: ريعها صدقة[5]، وكذا رواية الدباغ[6] عند ابن المرابط لغير الدباغ، يريد غلتها.

وعياش بن عباس، الأول بياء باثنتين[7] تحتها، وشين معجمة، والثاني بباء بواحدة تحتها[8]، وسين مهملة.

عن عميرة بفتح العين، وكسر الميم.

ومحمد بن مخلد - بضم الميم، وفتح الخاء، وتشديد اللام - كذا روايتنا[9]، وكذا عند ابن وضاح.

وعند ابن القزاز - ابن مخلد، بفتح الميم، وسكون الخاء، وتخفيف[10] اللام[11] - ويشبه[12] أنه الصواب، وقد ذكره البخاري في تاريخه، ولم يذكره

---

(1) في (م) و(ح): (كذا).

(2) قوله: (عند ابن) يقابله في (م): (لابن)، وقوله: (عند) ساقط من (ح).

(3) في (ح): (عند).

(4) قوله: (وعنده) ساقط من (م).

(5) قوله: (صدقة) ساقط من (ح).

(6) قوله: (رواية الدباغ) زيادة من (ر2).

(7) في (ح): (باثنين).

(8) قوله: (تحتها) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (روايتها).

(10) قوله: (بفتح الميم، وسكون الخاء، وتخفيف) يقابله في (م): (بفتح الخاء، وضم الميم، وتشديد).

(11) في (ر2): (الميم).

(12) في (ح): (ويشبهه).

أصحاب[1] المؤتلف في باب مخلد.

وضمضم: بالضاد المعجمة[2] المفتوحة فيهما.

ومعنى **نبذها أي**:[3] طرحها.

وعرض بحر البرلس[4] - بضم العين - ومعناه[5]: ناحيته، وجانبه[6].

والبرلس[7] - بضم الباء بواحدة، وضم الراء واللام، وتشديدها، وسين مهملة - كذا ضبطناه، ورويناه.

وذكره منذر بسكون الراء، وتخفيف اللام، وهو بين الإسكندرية، ودمياط.

وطروقة الفحل[8]: إنزاؤه بفتح الطاء، وأصل الطروقة: الناقة التي تطرق، والطرق: النزو، والإطراق: الإنزاء.

وحتى تعق الرمكة - بضم التاء، وكسر العين - أي: تحمل.

والأكوام: جمع كوم وهو الضراب والنزو[9]، ويقال: كامها[10]، يكومها،

---

(1) قوله: (أصحاب) ساقط من (ح).

(2) قوله: (بالضاد المعجمة) يقابله في (ح): (بالمعجمة)، وقوله: (بالضاد) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (أي) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (بحر البرلس) يقابله في (م) و(ر2): (بر البحر ليس).

(5) في (ر2): (معناه).

(6) قوله: (وجانبه) ساقط من (م).

(7) في (ر2): (ليس).

(8) في (ر2): (الحمل).

(9) في (م): (النوق).

(10) في (م): (كامه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

إذا فعل ذلك بها.

وضريبة الجمل[1] - بكسر الراء - كذا عند ابن عتاب وابن المرابط.

وفي بعض النسخ: ضربة، وهو من معنى ما تقدم من الكوم والطرق، وكذا ضرابة[2] أيضا، كله عبارة عن فعل الفحل بأنثاه، وكنى به[3] عنه.

ويضربه[4] **الغنم** - بضم الياء- أي: يحمله عليها، من هذا الباب.

واللقاح - بفتح اللام - الحمل[5]، ويقال: اللقح أيضاً، فأما اللقاح - بكسر اللام - فجمع[6] لقحة، ولقوح، وهي[7] ذوات الألبان، واللواقح: جمع لاقح، وهي الحوامل من النوق[8].

وطروقة جمل تحمل - بفتح الطاء[9] - أي: ضرابه، يقال: طرق الفحل الأنثى، إذا فعل بها ذلك.

وتشبيهه مسألة[10] [(إجارة المسلم نفسه في رعي الخنازير، بشراء الخمر من النصراني)][11] مختلف والذي في باب إجارته من نصراني في حمل الخمر

---

(1) قوله: (وضريبة الجمل) يقابله في (ر2): (وضريبة الحمل)، وفي (ح): (ضريب الفحل).

(2) في (م): (صوابه).

(3) قوله: (وكنى به) يقابله في (ح): (وكناية).

(4) في (م): (ويطرقه).

(5) قوله: (الحمل) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (فيجمع).

(7) في (ح): (وهو).

(8) قوله: (من النوق) ساقط من (ح).

(9) قوله: (جمل تحمل بفتح الطاء) يقابله في (ح): (حمل بفتح التاء).

(10) قوله: (مسألة) زيادة من (ر2).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 70، و(العلمية): 3/ 437، و(السعادة/ صادر): 11/ 426،

قبل هذا وتشبيهه لها ببيع المسلم الخمر أشبه.

وقال هنا في مشتري الخمر من النصراني: [(يؤخذ الثمن فيتصدق به على المساكين)][1]، ولم يفصل.

وفي[2] كتاب التجارة لأرض الحرب إنما كان[3] يتصدق به إذا كان النصراني لم يقبضه، فإذا قبضه لم ينتزع منه[4].

وقال سحنون: ينزع[5] منه[6].

وانظر[7] قول ابن القاسم في مسألة إجارة الخنازير: [(وأرى أن تؤخذ الإجارة من هذا [165/ ب] النصراني فيتصدق بها[8] على المساكين)][9].

وهذا هو أحد قولي[10] مالك في كتاب[11] محمد في أخذها من النصراني.

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 362.

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 70، و(العلمية): 3/ 437، و(السعادة/ صادر): 11/ 426، و(تهذيب البراذعي): 3/ 362.

(2) في (ح): (في).

(3) قوله: (كان) زيادة من (ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 258، و(العلمية): 3/ 295، و(السعادة/ صادر): 10/ 271 و 272، و(تهذيب البراذعي): 3/ 251 و252.

(5) في (ر2): (يشرع).

(6) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4312.

(7) في (ر2): (فانظر).

(8) في (ر2): (به).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 70، و(العلمية): 3/ 437، و(السعادة/ صادر): 11/ 426، و(تهذيب البراذعي): 3/ 362.

(10) قوله: (هو أحد قولي) يقابله في (ح): (على قول)، وقوله: (هو) ساقط من (ر2).

(11) في (ح): (جواب).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والقول الآخر: إنها لا تؤخذ منه إذا قبضها[1]، ثم[2] قال بعد ذلك: ويتصدق بالإجارة[3] ولا تترك[4] للنصراني، مثل قول مالك في الخمر[5] فقد أشار بعضهم إلى أن هذا يدل أنه يؤخذ أيضاً في مسألة الخمر ثمن الخمر[6]، وإن قبضه، كقول سحنون، وخلاف ما في كتاب التجارة لأرض الحرب.

قال القاضي رحمه الله: ويحتمل عندي أن يرجع إلى مسألة[7] بيع المسلم الخمر من النصراني، وأن الثمن يؤخذ من النصراني على أحد قوليه فيكون نص أحد القولين هنا[8] في الخمر ولا يصح في الإجارة تركها للنصراني بوجه؛ لأن تركها له في مسألة الخمر على أحد قوليه، وقد[9] أغرمناه الخمر التي[10] اشترى فكسرناها على المسلم، وتركنا للنصراني عوضه[11] الذي يجوز له في دينه، وههنا إن لم نأخذ شيئا عن ثمن الرعي[12] انتفع بخدمة المسلم باطلاً فحق أن نأخذ[13] منه تلك الأجرة[14]، ثم يتصدق بها[15]؛ إذ لا تحل للمسلم، وانظر

---

(1) قوله: (إذا قبضها) يقابله في (ر2): (إذ قبضها) وهو ساقط من (ح).

(2) في (ر2): (إذ).

(3) قوله: (ويتصدق بالإجارة) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (يترك).

(5) قوله: (في الخمر) ساقط من (ح).

(6) قوله: (ثمن الخمر) ساقط من (ح).

(7) قوله: (الخمر ثمن الخمر، وأن قبضه كقول سحنون... إلى مسألة) ساقط من (م).

(8) في (ر2) و(ح): (هاهنا).

(9) في (ر2): (قد).

(10) في (ح): (الذي).

(11) في (م): (عرضه).

(12) قوله: (نأخذ شيئا عن ثمن الرعي) يقابله في (ح): (يأخذ منه شيئا من ثمن الرعاية).

(13) في (ر2): (يؤخذ).

(14) في (ح): (الإجارة).

(15) قوله: (ثم يتصدق بها) مكرر في (ح).

في كتاب التجارة لأرض الحرب[1]، وكتاب العيوب.

وقوله: [(في الآبار التي تحفر للماشية: إن أهلها أولى بمائها، وللناس ما فضل إلا من مر بها[2] لشفتهم)][3]، أي: لشربهم أنفسهم بشفاههم[4] ودوابهم.

وقوله: [(فإن أولئك لا يمنعون كما لا يمنعون من شرائها منه)][5].

كذا في كتاب ابن عتاب وخرج.

وعند يحيى: فإن أولئك لا يمنعون من شرائها[6] منه، وكذا في كتاب ابن المرابط.

وقوله في: [(مسألة الصبي يؤاجر نفسه بغير إذن وليه والعبد المحجور عليه[7] له الأجر الذي سمى[8] له إلا أن تكون إجارة مثله أكثر فله ذلك.

قال[9] وهو مثل قول مالك في الدابة، فإذا[10] تعدى عليها أو

---

(1) قوله: (لأرض الحرب) ساقط من (ح).

انظر: المدونة (زايد): 7/ 258، و(العلمية): 3/ 295، و(السعادة/ صادر): 10/ 271 و272، و(تهذيب البراذعي): 3/ 251 و252.

(2) في (م): (بهم).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 75، و(العلمية): 3/ 440، و(السعادة/ صادر): 11/ 429، و(تهذيب البراذعي): 3/ 266.

(4) قوله: (لشربهم أنفسهم بشفاههم) يقابله في (ح): (شربهم أنفسهم يسقي منهم).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 75، و(العلمية): 3/ 440، و(السعادة/ صادر): 11/ 429، و(تهذيب البراذعي): 3/ 266.

(6) في (م): (شربها).

(7) قوله: (عليه) ساقط من (ر2) و(ح).

(8) في (ح): (يسمى).

(9) قوله: (قال) زيادة من (ح).

(10) في (ر2): (إذا)، وفي (ح): (التي).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

غصبها)][1].

انظر؛ فقد بيّن أن مذهبه هنا في الغصب والتعدي سواء، عليه الكراء وهو نحو[2] ما له في كتاب الاستحقاق، وخلاف ما في كتاب الغصب[3] والآبق، وتمامها[4] هناك.

وذكر في الكتاب في[5] رواية ابن القاسم، ومذهبه [(في مستأجر الغلام إن كان[6] عملاً يعطب[7] فيه[8] أنه ضامن لقيمة العبد يوم استعمله أو الكراء، والكراء[9] إن اختاره سيده دون قيمته[10])][11]، وكذلك قال عن مالك في الباب الثاني: [(إذا استأجره - يعني من سيده للخياطة، كل شهر بكذا، فاستعمله في غير ذلك فعطب -: إن كان عملاً يعطب في مثله ضمن)][12].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 76، و(العلمية): 3/ 440، و(السعادة/ صادر): 11/ 429، و(تهذيب البراذعي): 3/ 365.

(2) قوله: (نحو) ساقط من (ح).

(3) قوله: (والتعدي سواء.... كتاب الغصب،) ساقط من (ر2).

(4) في (ح): (وتمامه).

(5) قوله: (في) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) قوله: (إن كان) زيادة من (م).

(7) في (ر2): (بعطفه).

(8) في (ح): (عليه).

(9) قوله: (أو الكراء والكراء) يقابله في (م): (دون الكراء أو الكراء)، وفي (ح): (دون كراء أو الكراء).

(10) في (م): (القسمة).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 76، و(العلمية): 3/ 440، و(السعادة/ صادر): 11/ 429، و(تهذيب البراذعي): 3/ 365.

(12) انظر: المدونة (زايد): 8/ 83، و(العلمية):3/ 445، و(السعادة/ صادر): 11/ 434، و(تهذيب البراذعي): 3/ 369.

وذكر ابن وَهْب عن مالك: ليس على مستأجر العبيد[1] ضمان، وإن قال ساداتهم: لم نأمرهم إلا في استعمالهم في الأمر غير المخوف[2]، هذا هو الصواب - والله تعالى أعلم[3] - فيضمن إذا كان بغير أمر من[4] سيده إن أصيب، وكذلك إن خرج به لسفر فظاهر هذا الخلاف.

وإن في[5] رواية ابن وهب: لا يضمنهم، وإن كان العمل مما يعطب في مثله، إلا أن يكون غرراً[6].

وعلى هذا حمل المسألة سحنون فيما حكى عنه ابن عبدوس وفضل، وأنه[7] قال برواية ابن وَهْب عن مالك[8].

وقال: ما قاله ابن وَهْب عن مالك، وربيعة أحسن[9]، إلا أن يكون السيد قد حجر على العبد أن يؤاجر نفسه، وأبان ذلك وأشهره[10]، واتبعه غيره في ذلك.

وقال بعضهم: بل[11] هو وفاق، وإليه نحا ابن لبابة وهو ظاهر قول ابن

---

(1) قوله: (العبيد) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (غير المخوف) ساقط من (ح)، وقوله: (غير) ساقط من (م).

انظر: النوادر والزيادات: 13/ 535، والمنتقى: 8/ 164، والبيان والتحصيل: 8/ 484.

(3) قوله: (هذا هو الصواب والله تعالى أعلم) زيادة من (م).

(4) قوله: (من) زيادة من (ر2).

(5) في (ر2): (كان).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/ 484.

(7) في (ح): (أنه).

(8) قوله: (عن مالك) ساقط من (ح)، وقوله: (مالك) ساقط من (ر2).

(9) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 484.

(10) في (ر2): (أشهده). وانظر: المنتقى، للباجي: 8/ 164.

(11) قوله: (بل) زيادة من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أبي زمنين وأبي محمد بن أبي زيد رضي الله عنه[1]، وأن مراد مالك في الروايتين، ومراد ابن القاسم أنه ليس على مستأجر العبد ضمان إن عطب في ذلك العمل، وأدركه أجله، أذن له سيده[2] في مؤاجرة نفسه أم[3] لا، كان هلاكه من سبب العمل أم[4] لا ولمولاه أجرة المثل[5] أو المسمى، إلا أن يكون العمل يعطب منه غالبا كالإغرار، أو يبعثه في سفر فيضمن، أذن له سيده في مؤاجرة نفسه أم لا؛ لأنه لم يأذن له إلا فيما يجوز له[6].

وهذا نص قوله في رواية ابن وهب: فعليه فيه الضمان إن أصيب، وإن كان العبد قد أرسل في الإجارة، ومثله لربيعة[7] فجعلوا قوله في رواية ابن وَهْب تفسيرا لرواية ابن القاسم.

وقد قال في كتاب المأذون [(فيمن أذن لعبده في شيء فاستعمل في غيره: أنه يلزمه ذلك وما يدري الناس فيما أذن له فيه)][8].

وقد وقع لابن القاسم عن مالك نصاً في العتبية مفسراً مثل رواية ابن

---

(1) قوله: (وأبي محمد بن أبي زيد رضي الله عنه) ساقط من (ر2). وانظر: النوادر والزيادات: 13/ 536.

(2) قوله: (سيده) ساقط من (ح).

(3) في (ح): (أو).

(4) في (ح): (أو).

(5) قوله: (أجرة المثل) يقابله في (ر2) و(ح): (الأجرة).

(6) قوله: (له) زيادة من (ح).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 77، و(العلمية): 3/ 441، و(السعادة/ صادر): 11/ 430، و(تهذيب البراذعي): 3/ 365، 366.

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 157، و(العلمية): 4/ 88، و(السعادة/ صادر): 13/ 242، و(تهذيب البراذعي): 4/ 5.

وَهْب [في العبد الخياط والنجار، يستأجر[1] في غير عمله، ينتقل لبناء[2] أو غير ذلك فيهلك فيه فلا ضمان عليه، إلا أن يدخله في عمل مخوف، وفيه خطر أو يتعمد به سفرا][3]؛ فيضمن، فقد بين لك في هذه الروايات وفسر ما أبهم في رواية ابن القاسم وابن وَهْب في هذا الكتاب، وإن هذا الهلاك لا يضمن منه، وإن كان من سبب العمل نفسه.

ويأتي على هذا معنى قوله في تضمينه في رواية ابن القاسم: [(إذا استعملهما عملاً يعطبان فيه)][4] أنه من المخوف[5] والغرر والخطر، وهذا هو بالحقيقة العمل الذي يقال: إنه يعطب منه.

ومثله في كتاب الرهون في المرتهن يعير العبد الرهن فمات عند المستعير؛ لا ضمان عليهما[6]، إلا أن يعطب في عمل استعمله المستعير[7].

[166/ أ] وذكر مثله في المودع وقال: [(إلا أن يكون استعمله أحدهما عملاً أو[8] بعثه مبعثاً يعطب في مثله)][9]، وبها استشهد على الأول، فقد فسر

---

(1) قوله: (والنجار، يستأجر) يقابله في (ح): (أو النجار يستعمل).

(2) قوله: (ينتقل لبناء) ساقط من (ح).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 483 و484.

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 76، و(العلمية): 3/ 440، 441، و(السعادة/ صادر): 11/ 429، و(تهذيب البراذعي): 3/ 365.

(5) في (ح): (الخوف).

(6) في (م): (عليه).

(7) قوله: (المستعير) ساقط من (ح).

(8) في (ر2): (و).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 307، و(العلمية): 4/ 167، و(السعادة/ صادر): 14/ 338، و(تهذيب البراذعي): 4/ 77.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

صورة[1] العطب به وبما ذكر[2] المتأولون[3]، ولا يجعلون هذا اختلافا من رواية ابن القاسم.

ولا يخلو الهلاك على هذا أن يكون بأمر من الله[4] فيما لا يعطب منه جملة؛ كالحراسة والتعليم، ونفش الصوف.

أو[5] قد يعطب بسببه نادراً، كنقل اللبن والحجارة والخشب أو[6] هو[7] غرر يعطب منه غالباً، كالنزول في البئر ذات[8] الحمأة[9]، وهدم الجدارات[10] والعمل على الزرانيق فأتته منيته في[11] هذه الأعمال بغير سببها أو هلك من سببها، كضربة الإبرة له في استعماله في الخياطة، وسقوط اللبن والخشب عند نقلها، وانهدام الحائط عليه عند هدمه، وسقوطه هو من الزرنوق.

فأما الوجه الأول الذي لم[12] يمت بسبب العمل فقالوا فيه: إنه غير ضامن،

---

(1) في (ر2): (سورة).

(2) قوله: (وبما ذكر) يقابله في (ر2) و(ح): (بما ذكره).

(3) في (ح) و(ش) و(م) و(ز): (والمتأولون).

(4) قوله: (بأمر من الله) يقابله في (ح): (ناس).

(5) في (ر2): (و).

(6) قوله: (والخشب أو) يقابله في (ح): (والحطب و).

(7) في (م): (عن).

(8) قوله: (ذات) زيادة من (م).

(9) في (ر2): (للحمة)، وفي (ح): (الحمية).

(10) في (ح): (الجدرات).

(11) في (ر2): (على).

(12) قوله: (لم) ساقط من (م).

وهو الصحيح، إذا لم ينقله عن بلده وموضعه وهو مذهب ابن القاسم.

ومفهوم قوله: **يعطبان فيه**[1]: ويهلك في ذلك فقد فرق[2] بين أنه إنما راعى هلاكه إذا كان ذلك[3] من سببه.

وقيل: هو ضامن وإن كان عملاً لا يعطب في مثله لوضع[4] يده عليه بغير إذن سيده فأشبه الغاصب، وهو قول سحنون في بعض روايات[5] المدونة في الباب بعد هذا في الذي حول العبد في غير ما استأجره له فهلك فقد ضمن، وصار[6] متعدياً.

وقد اختلف الصقليون على مذهَبِ ربيعة في المستعان به[7] في الخياطة، إذا مات حتف أنفه فضمنه بعضهم، وبعضهم لم يضمنه، وأما إذا كان الموت بسبب[8] العمل الذي يتوقع الهلاك منه نادراً كما وصفناه فقد ذكرنا تأويل من تأول[9] الاتفاق أنه لا ضمان عليه، وأنه لا يضمن الرقاب إلا بنقلها[10]، وهو[11] الصحيح وظاهر قول مالك وابن القاسم، ومن يتأول

---

(1) في (ر2): (قيمتها).

(2) قوله: (فرق) زيادة من (ح).

(3) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

(4) في (م): (كوضع).

(5) قوله: (بعض روايات) يقابله في (ر2): (بعض الروايات)، وفي (ح): (رواية).

(6) في (م) و(ر2): (وسار).

(7) قوله: (المستعان به) يقابله في (ح): (المتعارة).

(8) في (ح): (من سبب).

(9) في (ر2): (تأويل).

(10) قوله: (إلا بنقلها) يقابله في (م): (ولا بنقلها).

(11) في (ح): (وأنه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الخلاف ويجعله[1] ضامناً على رواية ابن القاسم.

وأما ما كان هلاكه من سبب الأغرار المخوفة، وما يهلك منه غالبا فهو ضامن عند جميعهم، إذا هلك من سببها.

وأما إن هلك من غيرها فعلى الخلاف المتقدم هل يضمن بنفس العداء أم لا؟

وأما السفر به فلا يختلفون في ضمانه عند جميعهم، هلك أو لم يهلك؛ لحبسه عن[2] أسواقه ونقله عن بلده، ولكن لسيده الخيار على ما تقدم في تضمينه قيمته أو إجارته[3]، ويجب أن تكون له الأجرة على كل حال إلى يوم ضمنه بسفره به على أصولنا الصحيحة، إلا أن يكون سفره به إلى الموضع القريب وفي مدة[4] لم يحبسه فيها عن أسواقه، ورده سالماً فلا يضمن.

وذكر رواية ابن وَهْب عن ربيعة أنه: [(يضمن العبد فيما استعين عليه من أمر في مثله الإجارة)][5].

وأما إذا[6] استعمل فيه[7] فيما لا ينبغي فيه الإجارة كمناولة النعل والقدح فلا شيء عليه، واختلف فيه[8] أيضاً في هذا، هل هو وفاق أو خلاف؟ فمنهم

---

(1) في (ح): (يجعله).

(2) في (ح): (على).

(3) في (ر2): (و إجارته).

(4) في (ر2): (هذه).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 77، و(العلمية): 3/ 441، و(السعادة/ صادر): 11/ 430، و(تهذيب البراذعي): 3/ 366 .

(6) قوله: (أما إذا) ساقط من (ر2) و(ح).

(7) قوله: (فيه) زيادة من (ح).

(8) قوله: (أيضا) زيادة من (ر2).

من تأوله على الخلاف، وأن[1] ابن القاسم يفرق بين الإجارة والاستعانة فلا يضمن في الإجارة، إلا فيما يعطب فيه، ويضمن في الاستعانة مما فيه الإجارة، وإن لم يعطب فيه؛ لأن العبد لم يؤذن له[2] في هبة منافعه[3]، وهو الذي في كتاب محمد نصاً أنه يضمن قيمة العبد في استعماله بغير أجر إذا هلك، ولو كان بأجر لم يضمن، وأن مذهب ربيعة أنهما واحد، وأنه يوجب الضمان فيما كان في مثله الإجارة، وإن كان لا يعطب في مثله.

قال بعضهم: وهو وجه النظر، وذهب آخرون إلى أنه وفاق في الاستعانة وأن لمالك رحمه الله في الموطأ مثل قول ربيعة.

وقال آخرون: لا ضمان فيهما، إلا مما يعطب في مثله، وعليه تأول التونسي مذهب المدونة وهذا على ما تقدم من الخلاف في ضمان المستأجر، وذكر في آخر باب استئجار الأجير فيؤاجره غيره أو يستعمله[4] في غير ما استأجره فيه: [(إذا استأجره للخياطة[5] فاستعمله في غيرها أنه يضمن إذا كان عملا يعطب في مثله.

قال سحنون: إذا حوله بغير إذن أهله في غير ما استأجره له[6] فقد[7] ضمن وصار متعدياً)][8].

---

(1) قوله: (أن) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 8/ 485.

(4) قوله: (أو يستعمله) يقابله في (ح): (وليستعمله).

(5) في (ح): (لخياطة).

(6) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (فقد) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 83، و(العلمية): 3/ 444، 445، و(السعادة/ صادر):
=

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ثبت عندي قول سحنون، وصح في كتاب ابن عتاب، وسقط من كتاب ابن المرابط وابن سهل، وكثير من الأصول.

وقول غيره هنا: [(ولا يجوز استئجار العبد السنين الكثيرة)][1] كذا في أصول شيوخنا.

واختصر[2] أبو محمد هنا قول غيره لعشر سنين، ووقع في كتاب الغرر[3] في كراء العبد عشر سنين[4]، وفي بعض الروايات: عشرين[5] سنة من كتاب ابن سهل.

ومسألة الإجارة تفسخ[6] في غيرها فقال[7]: إذا كثرت الإجارة حتى تصير كالشهر وما أشبهه[8].

ثم قال: لم يصلح كذا عندي، وهي رواية ابن وضاح والدباغ.

وعند الإبياني: حتى تصير الأشهر.

11/ 434، و(تهذيب البراذعي): 3/ 369.

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 81، و(العلمية): 3/ 444، و(السعادة/ صادر): 11/ 433، و(تهذيب البراذعي): 3/ 369.

(2) في (ر2): (واختصرها).

(3) في (ر2): (العبيد)، وفي (ح): (العبد).

(4) انظر: المدونة (زايد): 7/ 173، و(العلمية): 3/ 266، و(السعادة/ صادر): 10/ 220، و(تهذيب البراذعي): 3/ 235 .

(5) في (م): (عشرون).

(6) في (م) و(ر2): (تنفسخ).

(7) في (ح): (قال).

(8) في (ر2): (أشبهها).

انظر: المدونة (زايد): 8/ 82، و(العلمية): 3/ 444، و(السعادة/ صادر): 11/ 434.

والزرانيق: الخطاطير، [166/ ب] وهي خشب يرفع بها الماء من البئر، بفتح الزاي، وبعدها راء، وبعد الألف نون وآخره قاف.

وقوله[1]: [(إذا باع عبده بعد أن آجره فالإجارة أولاً[2]، وللمشتري رده في كثيرها ولا يجوز له الرضى به؛ لأنه من شراء المعين[3] ليقبض إلى أجل[4]، وإن كان كاليوم واليومين جاز البيع إذا كان لرب الدابة استثناء مثل هذا في بيعه)][5].

قال عبد الحق: وهذا إذا رضي البائع، وإلا فله القيام بهذا العيب وإن كان إنما علم بهذا بعد انقضاء الإجارة، وكانت قريبة كاليوم واليومين جاز[6].

ويختلف هل له متكلم في أجرة هذين اليومين على ما سيأتي، وإن كانت بعيدة؟

فقيل[7]: للمبتاع رد ذلك، إلا أن يرضى بقبولها، والإجارة للبائع ولا يجوز أن يتراضيا على أن يمضيا البيع، وتكون الإجارة للمبتاع.

وقيل: هو كعيب ذهب يلزم المبتاع، وله الإجارة على ما أحب البائع أو كره.

---

(1) في (ح): (قوله).

(2) قوله: (فالإجارة أولا) يقابله في (م): (فالإجارة أولى).

(3) في (م): (العين).

(4) في (م): (شهر).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 85، و(العلمية): 3/ 446، و(السعادة/ صادر): 11/ 435، و(تهذيب البراذعي): 3/ 370.

(6) انظر: النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة، لعبد الحق: 2/ 92.

(7) في (ح): (قيل).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقيل بل الأجر للمبتاع[1].

ولا علة ههنا؛ لأن[2] الحكم أوجب هذا.

وقيل: يرجع المبتاع من الثمن بما بين قيمة العبد على القبض ناجزاً[3] أو إلى آخر الإجارة.

واختلف في تأويل قوله في الكتاب: [(إذا كانت إجارته قريبة اليوم واليومين، وما أشبهه، رأيت البيع جائزاً، وإن كان أجلاً بعيداً، رأيت أن يفسخ البيع ولا يكون له أن يأخذه بعد الإجارة)][4].

فظاهر مساق[5] أبي محمد، وابن أبي زمنين، وأكثرهم على أن كلامه في ذلك ابتداء، قبل انقضاء أمد الإجارة[6] لا بعد انقضائها، ولهذا أورد بعضهم الكلام فيها[7] بعد انقضاء الأجل كله للمتأخرين.

وظاهر الكلام عندي - وهو مفهوم مساق أبي إسحاق - أنه إنما تكلم على مسألة انقضاء الإجارة؛ لأنه جاء بذلك بعد قوله في السؤال: [(أرأيت إن انقضت الإجارة أيكون للمشتري أن يأخذ العبد)][8]، يريد: بالثمن، فأجابه

---

(1) قوله: (وقيل هو كعيب... الأجر للمبتاع) زيادة من (ح).

(2) في (ح): (و).

(3) في (م): (بأجر).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 85، و(العلمية): 3/ 446، و(السعادة/ صادر): 11/ 435، و(تهذيب البراذعي): 3/ 370.

(5) في (ح): (سياق).

(6) قوله: (فظاهر مساق لي محمد... الإجارة) ساقط من (ر2).

(7) في (م): (فيما).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 85، و(العلمية): 3/ 446، و(السعادة/ صادر): 11/ 435.

بما تقدم.

ورعاية الغنم، ورعيتها أيضاً، بمعنى.

وقول أبي الزناد: [(ليس على أحد ضمان في سائمة دفعت إليه يرعاها إلا بيمينه[1])][2].

كذا في كتاب ابن عتاب وابن المرابط وأكثر الأصول، وعليه اختصر المختصرون.

وفي حاشية كتاب ابن عتاب: إلا ببينة.

والسائمة هي الغنم الراعية؛ سامت: إذا رعت.

والظئر: المرضع[3] - بكسر الظاء - مهموز وقد يسهل، وجمعه ظؤرة - بالضم وسكون الهمزة.

ووقع في المدونة عند شيوخنا في الجمع: الظؤورة، بضم الهمزة، وواو بعدها[4]، والصواب الأول، ظؤرة مثل غرفة، ويجمع[5] أيضاً على ظؤار - بالضم - وأصله من الظئار، بالكسر وهو عطف الناقة على غير[6] ولدها[7].

---

(1) في (ر2): (ببينة)، وفي (ح): (يمينه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 91، و(العلمية): 3/ 450، و(السعادة/ صادر): 11/ 439، و(تهذيب البراذعي): 3/ 373.

(3) قوله: (المرضع) ساقط من (م).

(4) قوله: (بضم الهمزة، وواو بعدها) يقابله في (ح): (بالهمزة المضمومة وبعدها واو).

(5) في (ر2): (الجمع).

(6) قوله: (غير) ساقط من (ح).

(7) ذكر عياض في كلمة (الظئر) لغتين، الأولى (الظئر)، بالهمز، والأخرى (الظير) بحذفها، وقد نص على ذلك غير واحد من علماء اللغة؛ يقول ابن دريد: «الظّئر: يُهمز ولا يُهمز»، ويقول

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وتحميم الصبيان: غسلهم بالحميم وهو الماء الحار.

وينهكني - بفتح الياء والهاء - أي: يبالغ في رضاعي[1]، ويجهدني، يقال: نهكته الحمى، تنهكه، إذا أثرت فيه، بكسر الهاء في الماضي، وفتحها في المستقبل، ونهكت الرجل[2] أجهدته، كذلك أيضا.

والمجارف: واحدها مجرف، وهي هنا المساحي.

وفقر النخل: بيارها[3] بضم الباء، واحدها فقير[4]، وهو المذكور هنا، ألا تراه كيف قال: [(إلى أن يبلغ الماء)][5]، ويكون أيضاً الحفير يجتمع فيه الماء حول أصلها، وهو المذكور في المساقاة وهي[6] كالشربات.

ولت السويق - بالتاء باثنتين -: بله بالسمن، ونحوه.

وهي[7] على قدر عنائه، أي: تعبه.

وقوله في مسألة: [(إن استأجرت رجلاً يبني لي[8] حائطاً فبنى لي نصفه وانهدم؛ فله بحساب ما بنى، وليس عليه بناؤه ثانية، كان الآجر والطين من

الفيومي: «الظِّئْرُ - بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها -: الناقة تعطف على ولد غيرها».

انظر: جمهرة اللغة: 2/ 764، والمخصص: 2/ 141، ولسان العرب: 4/ 514، والمصباح المنير: 2/ 388.

(1) في (م): (رضاعتي).

(2) قوله: (الرجل) ساقط من (ح).

(3) في (ر2): (بياها).

(4) في (م): (فقر).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 107، و(العلمية): 3/ 460، و(السعادة/ صادر): 11/ 450.

(6) في (ح): (وهو).

(7) قوله: (هي) ساقط من (ح).

(8) في (م): (لك).

عندك أو من عنده.

ثم قال: وقال غيره: لا يكون هذا إلا في عمل رجل بعينه ولا يكون مضموناً)][1]، كذا وقعت عندنا.

[(قال سحنون: فإذا كان مضموناً، كان عليه تمام العمل)][2].

كذا وقعت في[3] روايتنا من كتاب ابن عتاب وابن المرابط، إلا[4] أن اسم سحنون لم يكن في كتاب ابن المرابط، وكتب عليه: صح لابن باز، وسقط للدباغ والإبياني، وعلى هذا اللفظ[5] نقلها ابن لبابة.

وعلى هذا المعنى اختصرها أبو محمد فقال: هذا في عمل رجل بعينه، وعليه في المضمون تمام العمل.

ووقع في بعض الأمهات، وقال غيره: لا يكون هذا في عمل رجل بعينه[6] ولا يكون مضموناً، وعليه في المضمون تمام العمل، وجاء الكلام في المضمون كله لابن القاسم.

وفي كتاب ابن عتاب: أمر سحنون بطرح قول الغير.

قال ابن وضاح: وكنا قد قرأناه عليه مرة فأمرنا بطرحه، وقال: لست

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 106، و(العلمية): 3/ 459، و(السعادة/ صادر): 11/ 449، و(تهذيب البراذعي): 3/ 381.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 106، و(العلمية): 3/ 459، و(السعادة/ صادر): 11/ 449، و(تهذيب البراذعي): 3/ 381.

(3) قوله: (في) ساقط من (ح).

(4) في (م): (و).

(5) قوله: (اللفظ) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (وعليه في المضمون ... رجل بعينه) ساقط من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أعرفه[1].

وفي كتاب ابن سهل: ثبت قول غيره لابن باز، وقال ابن هلال: لم يعرفه سحنون.

وفي كتاب ابن المرابط نحو هذا من قول ابن وضاح قال: وكان موقوفاً في كتاب ابن وضاح، وفيه قال ابن وضاح: قال سحنون: مسألة الغير أصح مسائلنا، وهو أصل جيد.

وذهب بعض المتأخرين إلى[2] أن قول الغير وفاق[3]، إلا على ما اختصره أبو محمد عنه فهو خلاف.

قال القاضي رحمه الله: والذي عندي أن كلام الغير هنا إنما هو قوله في أصل المسألة أول الكتاب[4] في الإجارة على أن على الباني[5] الآجر والجص، فأجازها مالك وابن القاسم، وقال فيها غيره: [(إذا كان هذا[6] على وجه القبالة - يعني الضمان - [167/ أ] ولم[7] يشترط عمل رجل بعينه فلا بأس به، إذا قدم نقده)][8].

فحمل الغير المسألة أنها كالسلم، يلزم فيه شروطه، وإن لم يذكر منها

---

(1) في (م): (اعرضه).

(2) قوله: (إلى) ساقط من (ح).

(3) قوله: (وفاق) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (الكلام).

(5) في (ر2): (البناء).

(6) قوله: (هذا) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (لم).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 48، و(العلمية): 3/ 424، و(السعادة/ صادر): 11/ 413، و(تهذيب البراذعي): 3/ 349.

ضرب الأجل؛ لأنه هنا المقبوض منها[1] والمعجل في جنب ما بقي تبعاً[2] وقليلاً وأمد الفراغ منها معلوم، وما يدخل فيها من جص وآجر معلوم لا يخفى على الناس، فاستغنى عن ذكره.

وابن القاسم لم يراع هذا، ورآه إجارة وبيعاً، كانت من عمل رجل بعينه أو بغير عينه، وشبهه ببيع[3] السلعة للحاجة إلى ذلك، ولأن أمد فراغها معلوم، وما يدخلها معلوم، وأنه يشرع في العمل، وأنه أمر[4] تعارفه الناس.

قال ابن أبي زمنين: هي مسألة لا يحملها القياس، وإنما هي استحسان واتباع، وقال سحنون: لا تحتملها[5] الأصول، ومنعها عبد الملك[6] في الثمانية فذلك[7] معنى قول الغير هنا[8] عندي: أي[9] أن أصل المسألة: [(لا تجوز هذه الإجارة في عمل رجل بعينه إن لم يكن مضموناً، وإنما تجوز الإجارة في المضمون)][10]، وهذا أبين[11] على رواية بعض الأمهات، ويكون خلافاً، وأما على ما عندنا، وعلى

---

(1) في (م): (رأى).

(2) في (م): (بتعا).

(3) في (ر2): (يمنع).

(4) في (م) و(ر2): (أمد).

(5) في (م): (تحملها).

(6) في (م): (عبد المالك).

(7) في (ح): (فكذلك).

(8) قوله: (هنا) ساقط من (م).

(9) قوله: (أي) زيادة من (ر2).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 106، و(العلمية): 3/ 459، و(السعادة/ صادر): 11/ 449، و(تهذيب البراذعي): 3/ 381.

(11) في (ر2) و(ح): (بين).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

اختصار أبي محمد ؛ فليس بخلاف، وعلى الخلاف حملها سحنون وقال: اردد مسألة الحائط إلى مسألة الغير، وهي أصح مسائلنا.

وقد وقع فيها في الأسدية زيادة[1] حسنة، وهي: فإن تشاحاً فعليه أن يبني ما بقي من العمل[2] فيما يشبه، وله أجره كله، إلا أن يكون سقوط ذلك من سوء البناء فعليه أن يعيده ثانية حتى يبني الحائط كله.

قلت: فإن لم يكن من[3] سوء البناء فعليه أن يبني له ما بقي من ذلك العمل فيما يشبه، وله أجره كله إذا تشاحاً، وطلباً ذلك؟ قال: نعم.

وانظر مسألة القبر[4]، ومسألة البئر[5]؛ ففيها[6] في الكتاب إشكال فيما حفر منها - أعني البئر - في غير ملك الإنسان في الإجارة، فقد قال ابن لبابة[7]: إذا حفر نصفها فانهدمت له من الأجر بقدر ما عمل[8]، سواء حفرها في ملك ربها أو في غير ملكه، إذا انهدمت، إذا كانت إجارة.

---

(1) في (ر2): (خلاف).

(2) في (ح): (الأعمال).

(3) قوله: (من) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (الغير).

انظر: المدونة (زايد): 8/ 107 و108، و(العلمية): 3/ 460، و(السعادة/ صادر): 11/ 450، و(تهذيب البراذعي): 3/ 382.

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 106، و(العلمية): 3/ 459، و(السعادة/ صادر): 11/ 449، و(تهذيب البراذعي): 3/ 381 .

(6) قوله: (ففيها) يقابله في (ر2): (ففيهما) وهو ساقط من (ح).

(7) قوله: (ابن لبابة) زيادة من (ح).

(8) قوله: (ما عمل) يقابله في (ح): (عمله).

فتأول ابن لبابة أن معناها أن له الإجارة إن كان قد فرغ منها، وكذلك[1] إن انهدمت، وقد فرغ من نصفها فله نصف الأجرة. ولم يرد تسوية الجواب فيما[2] يملك، وفيما لا يملك، وأن الجعل بخلافه فيما يملك، وفيما لا يملك[3]، وفرق بينهما فيما نزل من العمل قبل التمام، فجعل هذه قولة له في الإجارة فيما يملك، وفيما لا يملك، ثم أدخل مسألة الجعل، فلما اختلط الكلام فيه مع الإجارة دخله الإشكال.

ثم رجع إلى مسألة الإجارة فجاء بقول آخر أنه[4]: [(إنما يكون له بحسب ما عمل فيما يملك دون ما لا يملك)] [5]، حيث ذكر مسألة القبر، وهو: [(الإجارة فيما لا يملك من الأرض)][6] فبين أن هذا حكم الإجارة فيها.

قال ابن لبابة: فهذان[7] قولان[8]، إذا كانت الإجارة فيما لا يملك من الأرض، ولم يختلف قوله فيها في المجاعلة أنه لا شيء له إلا بتمامها وتسليمها إلى ربها، وقد قال في الكتاب: وإسلامها فراغه منها.

---

(1) قوله: (إن كان قد فرغ منها، وكذلك) يقابله في (ح): (إذا كان فرغ منها وكذا).

(2) في (ح): (بما).

(3) قوله: (وأن الجعل بخلافه فيما يملك، وفيما لا يملك) ساقط من (ح)، وجاء في (م) قبل قوله: (ثم أدخل مسألة الجعل).

(4) في (ر2) و(ح): (أنها).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 107، و(العلمية): 3/ 459، و(السعادة/ صادر): 11/ 450، و(تهذيب البراذعي): 3/ 382.

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 107، و(العلمية): 3/ 459، و(السعادة/ صادر): 11/ 450، و(تهذيب البراذعي): 3/ 382.

(7) في (ح): (فهذه).

(8) في (م): (فهذه قولتان).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال ابن أبي زمنين: مسألة القبر خلاف[1] قوله في مسألة البئر، وذكر قول سحنون أنها جيدة ترد[2] إليها[3] مسألة الحائط والبئر ينهدمان، والجعل والإجارة في هذا أمرهما واحد، إلا في خروج الجاعل متى شاء، ولزوم ذلك المستأجر، وما[4] يملك من الأرض وما لا يملك سواء في هذا.

وأحسن ما جاء في هذا الأصل: أن المعاملة إذا وقعت في هذا فيما لا يملك من الأرضين فلا يجوز فيه إلا الجعل، وإذا وقعت فيما يملك فلا يجوز فيه إلا الإجارة.

وقوله في اليتيم: [(يستأجره وليه سنين فيحتلم: لا تلزمه الإجارة بعد احتلامه)][5] ظاهره أن الاحتلام بنفسه يطلقه، وقد قال يحيى بن عمر: وذلك بعد رشده، وهكذا[6] جاء بعد في المسألة الثانية في قوله: إذا عجل به الاحتلام وأنس منه الرشد.

وقوله في مسألة: السفيه الذي [(باع الملحفة فتداولتها[7] الأملاك: يترادون[8] الربح)][9].

---

(1) قوله: (خلاف) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (وبها ترد).

(3) قوله: (إليها) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (ولا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 115، و(العلمية): 3/ 465، و(السعادة/ صادر): 11/ 455، و(تهذيب البراذعي): 3/ 388.

(6) في (ح): (وكذا).

(7) في (ح): (وتداولتها).

(8) في (ح): (ترادان).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 111، و(العلمية): 3/ 462، و(السعادة/ صادر): 11/ 452، و(تهذيب البراذعي): 3/ 386.

كذا وقع عندي، وفي كثير من الروايات، وروي: يترادون[1] الأثمان والربح[2].

قال ابن أبي زمنين: هذه أصح، وكذا قال سحنون: يترادون الربح والأثمان[3].

وقوله في مسألة: [(اليتيم يستأجره وصيه ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة: لا تلزمه الإجارة[4] بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف الأيام أو الشهر وشبهه، ولا يؤاجر الوصي اليتامى بعد احتلامهم، وذكر في الأب أنه لا يجوز له أن يؤاجره إذا احتلم)][5].

ظاهره: أن بنفس الاحتلام يخرج من الإيصاء، ولا يختلف أن هذا لا يكون في الوصي، وعندنا أنه لا يخرجه[6] من حجر أبيه إلا[7] البلوغ[8].

واختلف في الأب على ما تقدم ذكره في النكاح، وذكره هنا مع الوصي.

وقوله: [(لا يكون أحسن حالاً من الأب)][9] يدل على أن المسألة

---

(1) قوله: (كثير من الروايات، وروي يترادون) يقابله في (ح): (رواية روى يترادان).

(2) قوله: (والربح) زيادة من (ح).

(3) قوله: (وقوله في مسألة: السفيه الذي... الربح والأثمان) ساقط من (م)، وقوله: (قال ابن أبي زمنين... يترادون الربح والثمن) ساقط من (ح).

(4) في (م): (بقيمة الأجل).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 115، و(العلمية): 3/ 465، و(السعادة/ صادر): 11/ 455، و(تهذيب البراذعي): 3/ 388.

(6) في (ح): (يخرج).

(7) قوله: (إلا) زيادة من (ح).

(8) قوله: (حجرا أبيه إلا البلوغ) يقابله في (م): (حجره البلوغ).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 115، و(العلمية): 3/ 465، و(السعادة/ صادر): 11/ 455.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ليست[1] على ظاهرها فيهما، وأن[2] المراد على ما قالوه أنه رشد عند احتلامه، فأما إن لم يرشد فلا يخرج من الحجر، وتجوز مؤاجرة الأب والوصي عليهم وهو المشهور في الأب والمتفق عليه في الوصي.

[167/ ب] وقوله في مسألة: [(السمسار يدفع إليه المال ليشتري له[3] على أن له في كل مائة يشتري بها[4] ثلاثة دنانير)][5] يبين[6] أول مسألة في[7] المرابحة في جعل السمسار ومعنى كونه على المشتري، وقد بيّناه هناك.

وقوله: [(وإن ضاع المال فلا شيء عليه)][8] دليل على أن السماسرة أمناء فيما دفع إليهم للبيع أو الشراء، وقد تقدم الكلام فيها آخر العيوب.

وقوله في مسألة: [(بع لي هذا الثوب اليوم ولك درهم: لا خير فيه إلا أن يشترط أنه متى شاء أن يترك ترك)][9]، ثم ذكر المسألة إلى آخرها.

وقال: [(ولا يؤقت في الجعل يوما ولا يومين، إلا أن يكون متى شاء ترك،

---

(1) قوله: (ليست) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (أن).

(3) قوله: (ليشتري له) يقابله في (م): (يشتري).

(4) قوله: (بها) ساقط من (ر2).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 117، و(العلمية): 3/ 466، و(السعادة/ صادر): 11/ 456، و(تهذيب البراذعي): 3/ 389.

(6) في (م): (بين).

(7) قوله: (في) ساقط من (ر2) و(ح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 117، و(العلمية): 3/ 466، و(السعادة/ صادر): 11/ 456، و(تهذيب البراذعي): 3/ 522.

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 118، و(السعادة/ صادر): 11/ 457، و(العلمية): 3/ 466، 467، و(تهذيب البراذعي): 3/ 343.

وقد قال في مثل هذا: إنه جائز وهو جل قوله الذي يعتمد عليه في ذلك[1])][2].

واختلف[3] في تأويل هذا الكلام، وحيث هو الخلاف وما هو القول الذي يعتمد عليه في ذلك.

فظاهر كلام أبي محمد أن الخلاف في ضرب أجل يوم أو يومين في الأجل في الجعل[4]، وأن جوازه جل قوله، كذلك[5] اختصره عند ذكر الخلاف فيه[6]، وقد وهمه بعضهم في هذا التأويل، وقال: إن الأجل في الجعل دون اشتراط الترك متى شاء لا يجوز باتفاق.

وذهب ابن لبابة إلى[7] أن اختلاف قوله، هل هي إجارة جائزة مع اشتراط الترك أو إجارة فاسدة؟

واستدل لتأويله بقوله إثر[8] المسألة: [(كل ما[9] يجوز فيه الجعل تجوز فيه الإجارة، إذا ضرب لذلك أجلاً)][10].

وقد استبعد غيره تأويله أيضاً؛ لأنه إن كانت إجارة فلا وجه لفسادها.

---

(1) قوله: (في ذلك) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 118، و(السعادة/ صادر): 11/ 457، و(العلمية): 3/ 467 .

(3) في (ح): (اختلف).

(4) قوله: (في الجعل) ساقط من (ح).

(5) في (ر2): (وكذلك).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 13، والمقدمات الممهدات: 1/ 445.

(7) قوله: (إلى) ساقط من (ح).

(8) في (م): (آخر).

(9) في (م): (وكلما).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 118، و(العلمية): 3/ 467، و(السعادة/ صادر): 11/ 457، و(تهذيب البراذعي): 3/ 344.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وتأول أبو عمر بن القطان أن مراده بالإجارة المسألة المذكورة التي اشترط فيها أنه متى شاء ترك، وأن قوله هذا قد قاله أيضاً أنه جائز وهو جل قوله، فكرر[1] على هذا عنده الجواب، وليس بخلاف، وإنما أعلم أنه جل قوله وأكثره الذي يعتمد عليه[2].

وتأويله هذا[3] بعيد من ظاهر الكتاب، لكن في قوله: جل قوله ما يشعر أن له قولاً بخلافه، وذلك منصوص له في العتبية من رواية عيسى أنه لا يجوز[4]، وتأولها أبو الوليد بن رشد أن اختلاف قول ابن القاسم في المسألة، هل هو جعل فيجوز، إذا اشترط أنه متى شاء ترك ولا يجوز إن لم يشترط، أو هي إجارة يحكم لها بحكمها إذا باع في بعض اليوم أو انقضى[5] اليوم و لم يبع[6] إن لم يشترط متى شاء ترك؟ وإن هذا هو الذي كان يعتمد عليه، أي: أنها إجارة جائزة[7]، كما قال أول الكتاب: [(في الذي يبيع من الرجل نصف ثوبه على أن يبيع له النصف الآخر: إن ذلك جائز، إذا ضرب أجلاً؛ لأنه إذا ضرب أجلاً كانت[8] إجارة)][9]، فهذا نحو القول[1] الذي أشار إليه هنا سحنون.

---

(1) قوله: (فكرر) ساقط من (م).

(2) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 445.

(3) قوله: (هذا) ساقط من (م).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 418.

(5) في (ح): (انقضاء).

(6) في (ح): (وإن لم يبع).

(7) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 445 و446.

(8) قوله: (لأنه إذا ضرب أجلا كانت) يقابله في (ح): (كأنها).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 36، و(السعادة/ صادر): 11/ 404، و(العلمية): 3/ 415، =

قال: وهذا على الاختلاف في اللفظ المحتمل للجواز والفساد في باب الإجارة على ما يحمل، هل على الجواز حتى يتبين[2] فساده؟ وهو مذهب سحنون وابن حبيب[3]، أو على الفساد حتى يتبين الجواز؟ وهو مذهب ابن القاسم[4] كالإجارة[5] على رعاية غنم بأعيانها[6]، ولم يشترط الخلف ولا اشترط[7] تركه، وأشباهها من المسائل، حتى لو اشترط[8] وبين[9] فقال: أجاعلك على أن[10] تبيع لي هذا الثوب اليوم[11] ولك درهم لم يجز[12] باتفاق.

ولو قال[13]: أستأجرك على أن تبيعه لي اليوم بدرهم جاز باتفاق[14]، فإذا لم يقع[15] بيان في اللفظين فهي مسألة الكتاب.

و(تهذيب البراذعي): 4/ 339.

(1) قوله: (نحو القول) يقابله في (ح): (يجوز للقول).

(2) في (ح): (تبين).

(3) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 446.

(4) انظر: المقدمات الممهدات: 1/ 446.

(5) في (ح): (أن الإجارة).

(6) قوله: (غنم بأعيانها) بياض في (ح).

(7) قوله: (اشترط) ساقط من (ر2).

(8) قوله: (لو اشترط) ساقط من (ر2).

(9) قوله: (حتى لو اشترط وبين) يقابله في (ح) بياض.

(10) قوله: (أجاعلك على أن) يقابله في (ر2): (أن) وهو ساقط من (ح).

(11) قوله: (اليوم) ساقط من (ح).

(12) قوله: (لم يجز) يقابله في (ح): (لجاز).

(13) قوله: (قال) ساقط من (ح).

(14) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 446.

(15) في (م): (يقل).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وعليها حمل مسألة: [(لقط[1] الزيتون اليوم وغيرها مما يشبهها، وقد قال فيها: لا تجوز[2] إن قال التقطْ فيما التقطت[3] اليوم فلك نصفه)][4]؛ إذ لا يجوز له بيع ما يلتقط[5] اليوم، وما لا يجوز بيعه لا يجوز الاستئجار[6] به، إلا أن يقول[7]: ولك أن تترك[8] متى شئت، ولك نصف ما لقطت.

قال ابن لبابة: وهذا هو النظر، وقد كان بعض أهل النظر[9] يقول: لعله[10] لم يرد باستثنائه مسألة اللقط. قال[11]: ألا ترى أن حجته أنه لا يجوز بيع ذلك فكذلك فيما يلقط، وإن اشترط الترك، وكأنه إنما رد الاستثناء إلى مسألة الثياب المتقدمة مع موافقة المنع مع اشتراط الترك في رواية عيسى فيها المتقدمة، وهذا تعسف[12]، والظاهر جوازه مع الشرط، وعليه حملها ابن لبابة وغيره، لكن الخلاف فيها متصور على ما تقدم في مسألة الكتاب.

---

(1) وفي (ح): (نفض).

(2) قوله: (فيها: لا تجوز) يقابله في (ح): (مما لا يجوز).

(3) في (ح): (لقطت).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 122، و(العلمية): 3/ 470، و(السعادة/ صادر): 11/ 460، و(تهذيب البراذعي): 3/ 391، 392.

(5) في (ر2): (يلقطه).

(6) في (ر2): (الاستئجارة).

(7) في (ح): (يقال).

(8) في (ح): (ترد).

(9) قوله: (وقد كان بعض أهل النظر) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (لعلة).

(11) قوله: (قال) ساقط من (م).

(12) في (ح): (بعيد).

وقوله: [(إن جئتني بعبدي الآبق وهو في موضع كذا فلك كذا؛ فهو[1] جائز)][2] اعترضها سحنون؛ وذلك لأن تسمية المواضع في الجعل كضرب الأجل ولا يجوز في تسمية الموضع إلا الإجارة[3].

وقد نحا لهذا فضل بن سلمة[4]، وهو صحيح وكأنه في الكتاب إنما جعل ذكر الموضع كاللغو، وأن[5] يطلبه حيث كان، ألا تراه كيف سوى بين ذكره الموضع أو تركه، ولأنه لو وجده في غير الموضع أو أدنى منه كان له جعله.

وقوله في الذي قال: [(احصد زرعي ولك نصفه: هو أجير بنصف هذا الزرع؛ لأنه لو باع نصفه كان جائزاً)][6].

وقوله بعد هذا: [(فهو[7] حين يحصده وجب له نصفه)][8]؛ استدل بعضهم من هذا على أن بيع الزرع محصوداً جائز؛ لأنه يحزر حزمه وقبضه، وهي رواية[9] ابن نافع وأشهب عن مالك[10].

---

(1) في (ح): (وهو).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 119، و(العلمية): 3/ 468، و(السعادة/ صادر): 11/ 459، و(تهذيب البراذعي): 3/ 390.

(3) في (ح): (إجارة).

(4) في (ح): (مسلمة).

(5) في (ح): (وإن لم).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 121، و(العلمية): 3/ 469، و(السعادة/ صادر): 11/ 459، و(تهذيب البراذعي): 3/ 391.

(7) قوله: (فهو) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 123، و(العلمية): 3/ 470، و(السعادة/ صادر): 11/ 460، و(تهذيب البراذعي): 3/ 293.

(9) في (ر2): (روايتا).

(10) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 7/ 110.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وروى ابن القاسم عنه أنه: [(لا يجوز)][1].

ظاهر قوله هنا: فهو حين حصده[2] وجب له نصفه أنه إنما وجب له نصفه[3] بعد حصاده، والذي [168/ أ] يأتي على أصولهم أنه إنما وجب له بالعقد؛ ألا تراهم كيف جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعد حصاده من الأجير.

وأما استدلالهم بجوازه من هنا فبعيد؛ لأنه إنما باع منافعه في حصاده بنصفه، فإنما يحصد له نصفه، ويحصد له النصف الآخر لنفسه، ولهذا كان ضمانه منه، وأيضاً فإنه إنما استأجره به وهو قائم يراه، ويحزره ولا خلاف في جواز بيعه قائما والاستئجار به وتأمل قوله في الباب: [(قلت: فما الفرق[4] بين الذي باعه وهو قائم على أن على ربه حصاده)][5] فاشتراط لفظه قائم يدل أنه شرط عنده في صحة بيعه، وإلا فما فائدة ذكره؟

وقوله: [(وكل من اشترى كيلاً يراه[6] في سنبله فلا بأس به – إلى آخر[7] قوله – لأن الذي في سنبله قد عاينه)][8].

قال بعض الأندلسيين[9]: هذا يدل أن بيع الجزاف على الصفة لا يجوز[1]،

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 122، و(العلمية): 3/ 469، و(السعادة/ صادر): 11/ 460، و(تهذيب البراذعي): 3/ 392.

(2) قوله: (لأنه يحزر حزمه... فهو حين حصده) ساقط من (ح).

(3) قوله: (نصفه) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (فرق).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 124، و(العلمية): 3/ 471، و(السعادة/ صادر): 11/ 461.

(6) في (ر2): (فرآه).

(7) قوله: (آخر) ساقط من (ر2).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 124، و(العلمية): 3/ 471، و(السعادة/ صادر): 11/ 461، و(تهذيب البراذعي): 3/ 393.

(9) في (ح): (الأندلسيون).

يجوز[1]، وطرح سحنون قوله في سنبله أول المسألة، ورده فرءاه[2]، ولم يكـن في كتاب ابن عتاب.

(1) قوله: (على الصفة لا يجوز) يقابله في (م) و(ر2): (لا يجوز على الصفة).
انظر: البيان والتحصيل: 7/ 246و 428.
(2) قوله: (ورده فرءاه) يقابله في (ح): (ورد).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب تضمين الصناع

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب تضمين الصناع

الصناع والأجراء الذين يضمنون هم المشترك بين الناس في صناعتهم الذين نصبوا أنفسهم للناس وجلسوا لذلك في أماكنهم، بخلاف الأجير[1] الخاص للرجل أو الجماعة دون غيرهم.

والصانع الخاص الذي[2] لم ينصب لذلك نفسه[3]، فلا ضمان على هؤلاء عمل[4] هؤلاء عند من استأجرهم أو عند أنفسهم، وهو[5] في الجميع من الصنفين عملوا بأجر أم لا، الأول يضمنون في الوجهين والآخر لا يضمنون في الوجهين.

وقوله في مسألة الغزل: [(له أجره كله)][6]، قال بعضهم: هذا يدل أنه نسج الغزل كله وأدخله في الثوب وإلا فما يصح الجواب.

وقال بعضهم: إن كان[7] قال له[8]: اعمل هذا الغزل وادخل تحت جميعه فحينئذ جوابه في المسألة أن له الأجر كله، وإن كان قال له: اعمل لي ثوبا من هذا الغزل بقدر هذا[9]، وإن عجز غزلي[10] وفيتكه فصنع له أقل مما سمى له

---

(1) في (م) و(ر2): (للأجير).

(2) في (م) و(ر2): (التي).

(3) في (ح): (نفسه كذلك).

(4) في (ح): (عملوا).

(5) في (ح): (سواء).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 6، و(العلمية): 3/ 399، و(السعادة/ صادر): 11/ 387، و(تهذيب البراذعي): 3/ 395.

(7) قوله: (كان) زيادة من (ح).

(8) قوله: (له) زيادة من (ح).

(9) في (ح): (كذا).

(10) في (ح): (غزل).

أو خلافه فأدخل الغزل له[1]؛ كان له من الأجر بحساب ما عمل.

ومسألة القصار[2] [(يخطئ[3] فيدفع[4] الثوب لغير ربه بعدما قصره، فخيطه أخذه، فإذا أخذه[5] أنه ليس له ذلك، فأراد به أخذه أنه ليس له ذلك[6] حتى يدفع إلى آخذه أجر خياطته)][7]، تمت المسألة هنا في المدونة، وفي[8] رواية يحيى بن عمر، والأندلسيين، وأكثر النسخ.

وزاد في رواية سليمان، وكذلك في رواية عبد الجبار أيضاً: فإن أبى قيل للذي خاطه: إن شئت فأعطه قيمة ثوبه وإلا فأسلم إليه الثوب مخيطاً.

وزاد في رواية[9] سليمان بن سالم: فإن دفعه كان صاحب الثوب بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء ضمن القصار قيمته، وليس خطؤه بالذي[10] يضع عنه[11] قيمته إذا أسلمه الذي قطعه.

قال سحنون: إن أبى أن يعطيه أجر الخياطة لم يكن له إلا أن يضمن القصار قيمة ثوبه، فإن ضمنه قيل للقصار: أعط الخياط أجر خياطته، فإن أبى

---

(1) في (ح): (كله).

(2) في (ح): (القطر).

(3) في (م) و(ر2): (بخطه).

(4) في (م) و(ر2): (فيرفع).

(5) قوله: (فإذا أخذه) ساقط من (ح).

(6) قوله: (فأراد به أخذه أنه ليس له ذلك) زيادة من (ح).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 10، و(العلمية): 3/ 401، و(السعادة/ صادر): 11/ 389، و(تهذيب البراذعي): 3/ 397.

(8) في (ح): (في).

(9) قوله: (سليمان وكذلك... وزاد في رواية) ساقط من (ح).

(10) في (م) و(ر2): (فالذي).

(11) في (ح): (عنده).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قيل للذي خاط الثوب: أعطه قيمة ثوبه غير مخيط، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة ثوبه وهذا بخياطته[1]، وكذلك في آخر الباب في مسألة: [(إذا نقص القطع أو الخياطة الثوب، قال[2] ربه: أنا آخذه وما نقص[3] القطع والخياطة أن ذلك لا يكون له[4] إلا[5] بدفع أجر الخياطة للذي قطعه وخاطه)][6]، وتمت المسألة.

وفي بعض النسخ: وقد قيل إن الخياطة إذا نقصته[7] فله أخذ الثوب بغير غرم إن أحب وإلا[8] ضمن القصار قيمة ثوبه، ثم يكون العمل بين القصار وبين الذي خاط الثوب، وذكر في الباب بعده في الذي يشتري ثوبا فيخطئ بائعه فيعطيه غيره فيقطعه ويخيطه: ليس لربه أخذه إلا أن يدفع إليه قيمة الخياطة؛ لأن[9] هذا الذي قطعه لم يأخذه متعديا[10]، وقع في المختلطة فيها زيادة، فإن[11] أبى قيل لمشتري الثوب: ادفع[12] قيمته صحيحاً، وإن أحببت

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 86، والتبصرة، للخمي، ص:4900.

(2) في (ح): (وقال).

(3) في (ح): (وما نقصه).

(4) قوله: (لا يكون له) ساقط من (ح).

(5) في (م) و(ر2): (لا).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 11، و(العلمية): 3/ 403، و(السعادة/ صادر): 11/ 390، و(تهذيب البراذعي): 3/ 397.

(7) في (ح): (أفاد).

(8) قوله: (إن أحب وإلا) يقابله في (ح): (وإنما).

(9) في (ح): (أن).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 11، و(العلمية): 3/ 403، و(السعادة/ صادر): 11/ 390، و(تهذيب البراذعي): 3/ 397.

(11) في (ح): (إن).

(12) قوله: (ادفع) ساقط من (ح).

فادفعه مخيطاً ولا شيء لك.

قال: وإنما بلغني هذا عن مالك[1]، ولم أسمعه، كذا نقله[2] من حاشية كتاب شيخنا أبي محمد في رواية سليمان بن سالم، زاد[3]: ولا يكونا شريكين.

وفي كتاب ابن سهل في المسألة كلام بمعنى ما ذكرناه، وفيه تقديم وتأخير.

وفي بعض الروايات بعده: قال سحنون: إذا أبيا مما دعوتهما إليه من إعطاء الخياطة وإعطاء قيمته كانا شريكين، وثبت هذا أيضا في رواية سليمان[4] بن سالم ويحيى بن عمر.

واعلم أن تذهيبه في الكتاب في مسألة قرض الفار[5] عند القصار[6]، أو عند الصانع أنه محمول على التضييع والضمان حتى يثبت غيره. [168/ ب]

وفي كتاب ابن حبيب أنه محمول على غير التضييع حتى يثبت العداء[7] أو التضييع[8].

ومسألة: [(الاختلاف في الأجل)][9]، زاد فيها في بعض الروايات: وكذلك إذا

---

(1) في (ح): (أبي ونحوه مالك).

(2) في (ح): (نقلته).

(3) في (ح): (وزاد).

(4) قوله: (سليمان) زيادة من (ح).

(5) قوله: (تذهيبه في الكتاب في مسألة قرض الفار) يقابله في (ح): (أن مذهبه والفأر).

(6) قوله: (عند القصار) ساقط من (ح).

(7) في (م) و(ر2): (العد).

(8) انظر:النوادر والزيادات7/ 68 : .

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 16، و(العلمية): 3/ 406، و(السعادة/ صادر): 11/ 394، و(تهذيب البراذعي): 3/ 400.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال: بعتك حالاً، وقال الآخر: إلى شهر.... إلى آخر المسألة إلى ابتداء رواية ابن وهب.

هذه المسألة[1] ليست في رواية ابن وضاح، وقال: طرحها سحنون وأثبتها ابن باز[2] ويحيى بن عمر وأحمد بن داود، وصحت في كتبهم.

وقوله - في آخرها -: [(وقد بلغني عن مالك أنه قال: اختلاف الآجال[3] إذا فاتت السلعة بمنزلة اختلافهم في الثمن)][4] ليس عند يحيى، وصحت لأحمد وابن باز[5].

وانظر قوله في مسألة: [(من أنفق على صغير ضائع وأبوه غائب بأمر السلطان أو بغير أمره على وجه السلف، قال: إن كان على وجه السلف وحلف على ذلك وكانت النفقة ببينة، فإن كان الأب معسراً لم يلزمه)][6] إلى آخر المسألة.

قال أحمد بن خالد: قوله: **فإذا[7] كان منه على وجه السلف وحلف على ذلك.**

---

(1) قوله: (هذه المسألة) ساقط من (ح).

(2) في (م) و(ر2): (بان).

(3) قوله: (الآجال) يقابله في (ح): (بينهم في الأجل).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 17، و(العلمية): 3/ 407، و(السعادة/ صادر): 11/ 394، و(تهذيب البراذعي): 3/ 401.

(5) في (م) و(ش) و(ز) و(ر2): (بان).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 21، و(العلمية): 3/ 409، و(السعادة/ صادر): 11/ 396، و(تهذيب البراذعي): 3/ 403.

(7) في (ح): (إذا).

قال أحمد بن خالد: هذا[1] يدل أنه إذا أنفق على اللقيط ثم جاء أبوه أنه لا شيء عليه[2]، وإن كان طرحه متعمدا خلاف ما تقدم له أول الباب؛ لأنه إنما أنفق على وجه الحسبة، وقد روى أشهب في اللقيط أنه لا شيء على الأب بحال كيفما أنفق عليه[3].

وقوله[4] في مسألة الصبي الذي غاب أبوه: [(إنما يتبع أباه إذا أنفق وهو يرى أنه مليء، ثم وجده كذلك، وأما إن أنفق وهو لا يرى أن له[5] مالاً[6] لم يرجع عليه بشيء، وإن كان يوم الإنفاق مليئاً)][7]، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المسألة؛ لقوله أولاً[8]: **غائب موسر**.

تم كتاب تضمين الصناع بحمد الله[9].

(1) قوله: (منه على وجه... خالد هذا) زيادة من (ح).

(2) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(3) انظر:النوادر والزيادات :10/ 482 .

(4) في (ح): (قال).

(5) في (ح): (أن ليس له).

(6) في (ح): (مال).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 21، و(العلمية): 3/ 409، و(السعادة/ صادر): 11/ 396، و(تهذيب البراذعي): 3/ 403.

(8) قوله: (لقوله أولا) زيادة من (ح).

(9) قوله: (تم كتاب تضمين الصناع بحمد الله) ساقط من (ح).

كتاب المساقاة

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب المساقاة

هذه[1] اللفظة مشتقة من سقي الثمرة؛ إذ هو معظم عملها، وأصل منفعتها.

والمساقاة سنة على حيالها مستثناة من المخابرة وكراء الأرض بما يخرج منها أو بالجزء[2]، ومن[3] بيع الثمرة والإجارة بها[4] قبل طيبها، وقبل وجودها، وهو من الإجارة بالمجهول والغرر.

والأصل في ذلك معاملة النبي ﷺ بذلك أهل خيبر.

ولداعية الضرورة لذلك[5]، وهو أصل منفرد بأحكام تختص[6] به.

وتنعقد باللفظ، كسائر الإجارات والمعاوضات - كما قال في الكتاب - وهو[7] بيع من البيوع، إذا عقداه بالقول بينهما، ولا ينعقد إلا بلفظ المساقاة، خصوصا على مذهَبِ ابن القاسم، فلو قال: استأجرتك على عمل حائطي أو سقيه بنصف ثمرته أو ربعها لم يجز، حتى يسمياها مساقاة، وسنبين ذلك من الكتاب بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وشروط صحتها، وجوازها، ثمانية شروط.

أولها: أنها لا تصح إلا في أصل ثمر[8] أو ما في معناه من ذوات الأوراق

---

(1) في (ح): (هي).
(2) قوله: (أو بالجزء) ساقط من (ح).
(3) في (ر2): (من).
(4) في (ر2): (فيها).
(5) في (ر2): (إلى ذلك).
(6) في (ر2): (تخص).
(7) في (ح): (هو).
(8) في (ر2) و(ح): (يثمر).

والأزهار المنتفع بها، كالورد والياسمين[1].

الثاني: أن يكون قبل طيب الثمرة، وجواز بيعها.

الثالث: أن يكون لمدة معلومة ما لم تطل جداً.

الرابع: أن يكون بلفظ المساقاة كما تقدم.

الخامس: أن يكون بجزء مشاع مقدر.

السادس: أن يكون العمل كله على العامل.

السابع: ألا يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً معيناً خالصاً[2] لنفسه.

الثامن: ألا يشترط على العامل عملاً خارجاً عن منفعة الثمرة أو يبقى بعد جذاذها مما له بال، وقدر.

واختلف في غير الأصول الثابتة؛ كالمقاثي، وقصب السكر؛ فمذهب مالك: إنما يجوز فيها المساقاة عند العجز عند صاحبها للضرورة، وابن نافع يراها كالأصول الثابتة، تجوز فيها المساقاة ابتداء، وكذلك الزرع عندهما.

واختلف تأويل شيوخنا المتأخرين على مذهَبِ المدونة فيما عدا المقاثي والزرع من ذوات الأصول غير[3] الثابتة غير[4] المثمرة، كالقطن والورد والياسمين، هل محملها[5] محمل الزرع والمقاثي على مذهَبِ مالك في الكتاب

---

(1) في (ح): (الآس).

(2) في (ر2): (خاصا).

(3) قوله: (غير) ساقط من (ح).

(4) قوله: (غير) زيادة من (ح).

(5) في (ح): (يحملها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لا يساقي إلا بعد العجز أو يجوز على الجملة.

فكان أبو عمر بن القطان، يذهب أن مذهب المدونة جواز ذلك على كل حال[1]، وهو ظاهر قول اللخميّ[2]، ويحتج هؤلاء بقوله في المدونة: [(لا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن)][3] مطلقاً، وعطفه على قوله: [(تجوز المساقاة في كل ذي أصل من الشجر)][4]، وهذا قول[5] محمد بن المَوَّاز في الورد والياسمين[6].

وقال غيره من الشيوخ: لا دليل في لفظ الكتاب على قول أبي عمر لاحتمال أن يكون معنى قوله ذلك، إذا عجز، وإذ لا فرق بين القطن والزرع والمقاثي، وقصب السكر.

وكان شيخنا القاضي أبو الوليد بن رشد[7] يفرق بين هذه الأشياء من جهة النظر، ويقول: [169/ أ] [(لا ينبغي أن يختلف في جواز مساقاة الورد والياسمين)][8] مطلقاً.

ولو قيل: إن المساقاة في المقاثي والقطن وما في معناها[9] جائزة مطلقاً

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 165، والمقدمات الممهدات: 2/ 182.

(2) انظر: التبصرة للخمي، ص: 4732 و4733.

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 310، و(العلمية): 3/ 578، و(السعادة/ صادر): 12/ 22، و(تهذيب البراذعي): 3/ 423.

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 310، و(العلمية): 3/ 578، و(السعادة/ صادر): 12/ 22، و(تهذيب البراذعي): 3/ 423.

(5) في (ر2): (أصل).

(6) انظر: المنتقى: 7/ 24.

(7) قوله: (بن رشد) ساقط من (ح).

(8) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 166، والمقدمات الممهدات: 2/ 182.

(9) في (م): (معناهما).

بخلاف الزرع، وقصب السكر، وما في معناهما[1] مما يجنى[2] من أصوله لكان له وجه، إلا أنهم لم يقولوه.

وقوله: في حديث عمر بن عبد العزيز: [(أن ما[3] تباع كل أرض ذات أصل بشطر ما يخرج منها، وأن يباع[4] البياض بالذهب والورق)][5] معنى ما[6] تباع[7] - هنا -: تكرى[8] وتساقى[9]، وكذا فسره سحنون.

وقوله: [(إذا كان في الحائط دواب أو غلمان يعملون في الحائط ويشترطهم؛ فلا بأس بذلك)][10].

أوقف في كتاب ابن عتاب: ويشترطهم، وكتب عليه: ليس هذا الحرف من المدونة، وصح في الأسدية.

قال القاضي رحمه الله: هو لفظ مستغنى عنه، ولذلك طرحه سحنون - والله أعلم - إذ ذلك للعامل وإن لم يشترطهم كما بينه بعد ذلك في الباب، إلا أنه

---

(1) قوله: (معناهما) ساقط من (ح).

(2) قوله: (مما يجنى) ساقط من (ح).

(3) قوله: (ما) زيادة من (ح).

(4) قوله: (وأن يباع) يقابله في (ح): (واتباع).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 196 و280، و(العلمية): 3/ 513و 562، و(السعادة/ صادر): 11/ 507 و 12/ 3، و(تهذيب البراذعي): 3/ 409.

(6) قوله: (ما) ساقط من (م).

(7) في (ح): (يباع).

(8) قوله: (تكرى) ساقط من (ح).

(9) قوله: (تكرى وتساقي) يقابله في (ر2): (يساقي)، وقوله: (تساقي) في (ح): (يساقي).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 282، و(العلمية): 3/ 563، و(السعادة/ صادر): 12/ 3، و(تهذيب البراذعي): 3/ 409.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يستفاد من إثباتها في الأسدية قول ثان[1] له مثل ما في كتاب ابن مزين ليحيى وابن نافع أنهم لا يدخلون إلا باشتراط[2]، ولعمري إن هذا في الكتاب غير بين، وقد سأله عن هذا[3] فلم يعط[4] فيه جواباً بيناً، وأجابه على منع اشتراط رب الأرض إخراجهم لفساد المساقاة بذلك.

وقد اعترض المسألة حمديس، والذي يقتضيه كلامه أن الذي فهم منها صحة لفظة الاشتراط، وإثباتها على ما في الأسدية؛ لأنه قال: ينبغي على أصله ألا تفسد[5] المساقاة باشتراط رب النخل إخراجهم؛ لأنه لو سكت عن الاشتراط لم يدخلوا، وإنما يصح جوابه أن يكون السقي إذا وجب في الحائط، وقع على ما فيه من جميع آلاته، وإن[6] لم يشترط، كالبياض اليسير في النخل تقع المساقاة عليه، وإن لم يذكراه.

وقوله: [(بناضح من عنده)][7] أي: بدابة يستقي[8] عليها، وأكثر ما يستعمل في الإبل.

والتلقيح: التذكير، وهو الإبار – أيضاً – بكسر الهمزة.

وسرو الشرب – بفتح السين المهملة، وسكون الراء في الكلمة الأولى، وفتح الشين المعجمة، وفتح الراء في الكلمة الثانية – فسره في الكتاب.

---

(1) في (ح): (ثانيا).

(2) انظر: المنتقى: 7/ 44.

(3) قوله: (عن هذا) يقابله في (ح): (عنه).

(4) في (ر2): (يعطيه).

(5) في (ح): (تفسر).

(6) قوله: (وإن) ساقط من (م).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 284، و(العلمية): 11/ 172، و(السعادة/ صادر): 12/ 5.

(8) في (م) و(ح): (يسقي).

وبيانه أن الشربة الحفرة حول النخل، يجتمع فيها الماء لسقيها، ولتشرب[1] عروق النخلة منها، والجمع شرب وشربات.

وسروها: كنسها، وتنقيتها مما[2] يقع فيها، ويسوق الماء إليها من النبات[3] وغيره، وتوسعتها ليكثر فيها الماء لا ما قاله بعضهم من أنه نزع ما يجعل فيها من الجريد والليف ليحبس فيها رطوبة الماء؛ إذ لا منفعة في هذا، وإنما تكنس ليزال عنها ما يضيقها[4] من الكناسات والتراب ليكثر حملها للماء، وتحبسه على الأصول، ويستنقع فيها.

وخم العين - بفتح الخاء -: كنسها مما لعله يسقط فيها أو ينهار من التراب وغيره لتنفتح منابعها، ويغزر[5] ماؤها، ويتهيأ استقاؤها[6].

وسد[7] **الحظار** وشده يروى بالوجهين، بالمعجمة، وبغير المعجمة، وبالمُهمَلَة رواه[8] ابن وضاح.

والحظار كالحائط أو الزرب حول الثمار؛ لئلا تدخله المواشي ومن يستضر به.

قال ابن مزين[9]: والشين المعجمة أصوَب في هذا الموضع.

---

(1) في (ح): (شرب).

(2) في (ح): (ما).

(3) في (م) و(ر2): (التراب).

(4) في (م): (يصيبها).

(5) في (م): (ويغور).

(6) في (ح): (استيفاؤه).

(7) في (ح): (وثد).

(8) في (ر2) و(ح): (رواية).

(9) في (ح): (ابي زمنين).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال يحيى بن يحيى: ما حظر بزرب فبالشين المعجمة، وما كان بجدار فبالمهملة.

والضفيرة: عيدان تنسج، وتضفر، وتطين فيجتمع فيها الماء؛ كالصهريج، وإلى[1] معنى هذا أشار[2] ابن حبيب.

وقال غيره: هي مثل المسناة الطويلة في الأرض تجعل ليجري الماء فيها، وتبنى[3] بخشب وحجارة، ويضفر[4] بعضها ببعض وهو أشبه بمعنى الحديث، يمنع من انسياق[5] الماء على وجه الأرض، حتى يصل إلى الحائط.

والسارق المبرح: المشهور بذلك، من قولهم: برح الخفاء، أي: ظهر.

وقوله: [(في النخل منه ما أطعم ومنه ما لم يطعم: لا يجوز أخذه مساقاة - معناه: طاب وآخر لم يطب - قال: لأن منفعة ذلك لرب الحائط)][6].

هذه المنفعة التي أشار إليها سقوط حكم الجوائح عنه في المساقاة، بخلاف الإجارة التي لا يخسر فيها العامل عمله ويوفى[7] أجرته[8]، وإن أجيحت ثمرته في المساقاة لم يكن له أجر.

---

(1) في (ر2): (إلى).

(2) في (ر2): (ذهب).

(3) قوله: (وتبنى) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (يضفر).

(5) في (ح): (انفتاق).

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 61، و(العلمية): 3/ 566، و(السعادة/ صادر): 12/ 7، و(تهذيب البراذعي): 3/ 157.

(7) في (ح): (يوفي).

(8) في (م) و(ر2): (إجارته).

وسحنون يقول: هذا جائز وهي إجارة، وإنما أخطئا في[1] اللفظ، والمعنى صحيح فيكون أجيراً بما سمى من الجزء؛ لأنه قد حل بيعها، وبيع نصفها، فكذلك الإجارة بها.

قال القاضي رحمه الله: فلم يراع سحنون لفظة المساقاة، وعلى مذهَبِ ابن القاسم يراعيه فلا يجيز[2] المساقاة بلفظ الإجارة كما لم يجز هنا الإجارة بلفظ المساقاة، وهو لو استعمله هنا بلفظ الإجارة فيما طاب[3] لأجازه[4].

وقول عبد العزيز في المساقاة بالذهب والورق مثل بيع الثمر قبل بدو[5] صلاحه.

قال بعضهم: هو كلام مشكل، ومعناه عندي أنها إذا وقعت بالذهب والورق فكأن العامل باع نصيبه من الثمر قبل أن يظهر ويحل بيعه.

وقوله: [(لا يصلح الربح في المساقاة إلا في الثمر خاصة يأخذها بالنصف، [169/ ب] ويساقيه بالثلثين فيربح السدس، أو يربح عليه على نحو هذا)][6]، هو[7] خلاف مذهب مالك، ومالك لا يجيز هذا.

قال بعض شيوخنا: لأنه إن كان زاده السدس من الحائط فقد باع ذلك على

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (فلا يجيز لما).

(3) في (ح): (طاب بلفظ الإجارة).

(4) قوله: (لأجازه) ساقط من (م).

(5) في (ر2) و(ح): (أن يبدو).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 289، و(العلمية): 3/ 566، و(السعادة/ صادر): 12/ 8، و(تهذيب البراذعي): 3/ 413.

(7) في (م): (مع).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ربه بغير إذنه، وباع ما لم يبعه منه، وإن اشترط ذلك في ذمته، كان بيع الثمرة على جزأين: جزء من الحائط[1]، وجزء في الذمة، وذلك فاسد.

وقال غيره: معنى ما وقع من إجازة ذلك أن المساقي الثاني لم يعلم أن الأول أخذه على النصف، وأما لو علم ذلك لم يجز؛ للعلة التي ذكرنا، وكان للعامل الثاني أجرة مثله.

وقول عبد العزيز بعد هذا: [(لا ينبغي أن يساقي غيره من النخل إلا ما أشرك[2] في ثمره بحسب[3] ما عليه ساقى)][4].

قال[5] أبو عبد الله بن عتاب: يريد: بجزء من الثمرة[6] كما دفع[7] إليه بجزء، ولم يرد أن[8] يكون معيناً بأقل[9] منه أو[10] أكثر[11]، لا بكراء مسمى[12] ولا بعدد نخل معينة؛ لقوله في صدر المسألة: [(يأخذها بالنصف،

---

(1) قوله: (فقد باع ذلك ... من الحائط) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (اشترك).

(3) في (م) و(ر2): (بحساب).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 289، و(العلمية): 3/ 567، و(السعادة/ صادر): 12/ 8، و(تهذيب البراذعي): 3/ 413.

(5) في (ح): (وقال).

(6) في (م): (الثمن).

(7) في (ح): (يدفع).

(8) قوله: (ولم يرد أن) ساقط من (ح).

(9) في (ر2): (بل بأقل).

(10) في (م): (ولا).

(11) في (ح): (بياض بقدر كلمتين).

(12) قوله: (بكراء مسمى) يقابله في (م): (بكذا وسمى).

ويساقيها بالثلثين فيربح السدس أو يربح عليه)][1]، فلو أراد بقوله: بحساب ما عليه ساقى، بذلك الجزء، ومثل ما ساقى به؛ لتناقض قوله وهو كله خلاف لما روي عن مالك.

وقوله: [(إلا أن يكون شيئاً يسيراً لا يأخذ به كل واحد منهما من صاحبه شيئاً ليسارته)][2].

يريد: إذا اشترط شيئاً خفيفاً، كسد الحظار الخفيف[3].

وقوله: [(فأما شيء له اسم وعدد فإن ذلك لا يصلح)][4].

معناه: أن يدفعه بكيل مسمى، فهذا الاسم الذي أراد أو عدد؛ أي: ثمرات معينة.

قال: وقد جاء هذا مفسراً[5] لعبد العزيز في غير المدونة.

وقوله وتفسير[6] ما كره من ذلك كأنه استأجره على أن يسقي هذا بثمرة[7] هذا؛ معناه: كأنه ما استثنى[8] من النخل المعين

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 289، و(العلمية): 3/ 567، و(السعادة/ صادر): 12/ 8، و(تهذيب البراذعي): 3/ 413.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 289، و(العلمية): 3/ 567، و(السعادة/ صادر): 12/ 8، و(تهذيب البراذعي): 3/ 413.

(3) قوله: (الحظار الخفيف) يقابله في (ح): (الحائط اليسير).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 289، و(العلمية): 3/ 567، و(السعادة/ صادر): 12/ 8، و(تهذيب البراذعي): 3/ 413.

(5) في (ح): (مفسره).

(6) في (ر2): (تفسير).

(7) في (ح): (الثمرة).

(8) قوله: (ما استثنى) يقابله في (م): (مما اشترى).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بنفسه[1] بمنزلة حائطين، وقال له: اسق هذا بثلث ما يخرج من هذا.

وقوله في باب المساقاة التي لا تجوز: [(إذا اشترط على رب النخل أن يعمل معه أرى أن يرد إلى مساقاة مثله؛ لأن مالكا قد أجاز - فيما بلغني - الدابة يشترطها...)][2] إلى آخر المسألة.

هكذا في كتاب ابن المرابط وابن عتاب، وأكثر الأصول.

وقال في كتاب ابن عتاب: هذه رواية ابن وضاح، وعند غيره أنه جائز، وكذا قال سحنون، واحتجاج[3] ابن القاسم بما أجازه مالك يدل أن جوابه الجواز فيها، وفي اختصار الأسدية: يرد إلى مساقاة مثله.

واعلم أن الخلاف الجاري في القراض الفاسد كله جاز[4] في المساقاة الفاسدة، والذي يأتي لابن القاسم في الكتاب فيما يرد فيه إلى مساقاة مثله، هما منصوصتان[5].

هذه المسألة والتي بعدها إذا ساقاه في حائطين[6] سنين[7]، وفي الأول ثمر قد طاب فله في الأول أجر مثله، وما أنفق، وفي[8] الثاني[9] مساقاة مثله،

---

(1) في (ح): (لنفسه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 291، و(العلمية): 3/ 568، و(السعادة/ صادر): 12/ 9، و(تهذيب البراذعي): 3/ 414.

(3) في (ر2): (احتج).

(4) في (م): (جائز)، وفي (ح): (جار).

(5) قوله: (هما منصوصتان) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ح): (حائط).

(7) قوله: (حائطين سنين) يقابله في (ر2): (حائط سنتين).

(8) في (ح): (في).

(9) في (ر2) و(ح): (الباقي).

وتكررت هذه في القراض.

وأما[1] في العتبية أيضاً مسألتان وهي البيع والمساقاة في صفقة، والمساقاة سنتين، إحداهما على الثلث والأخرى على النصف، كل هذا فيه مساقاة المثل[2]، وكذلك[3] في سماع عيسى مسألة خامسة وهي مسألة مساقاة حائط على أن يكفيه مئونة آخر[4]، وكذلك يلزم في مساقاة حائطين على اختلاف[5] الأجزاء، وكذلك إذا شرط على العامل دابة أو غلاماً ليس في الحائط وهو صغير، تكفيه الدابة، وكذلك[6] إن اشترط[7] عليه أن يحمله رب المال[8] إلى منزله في كل هذا يرد إلى مساقاة مثله، وما يرد[9] إلى مساقاة مثله[10] يفسخ ما لم يعمل، فإن[11] فات بابتداء العمل بما له بال لم تفسخ بقية المدة والعمل[12]، وكل ما يرد[13] فيه إلى أجرة المثل فيفسخ متى عثر عليه، عمل أو لم يعمل، وله

---

(1) قوله: (أما) زيادة من (ر2)، وهو ساقط من (ح).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 4/ 417 و418 و 12/ 141.

(3) في (ح): (كذا).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 154.

(5) في (ر2): (الاختلاف).

(6) قوله: (ساقط) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (شرط).

(8) قوله: (رب المال) ساقط من (ح).

(9) في (ر2): (رد).

(10) في (ح): (نفسه).

(11) في (ر2): (فإذا).

(12) قوله: (العمل) ساقط من (م).

(13) في (ح): (رد).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

من الأجر بحساب ما[1] عمله.

وقوله: [(إن كان زرعاً قد عجزت عنه ونخلاً فدفعتها مساقاة؛ الزرع على النصف، والحائط على النصف، والزرع في ناحية، والحائط في ناحية، وتشبيهه إياها بالحائطين المختلفين[2] في صفقة على النصف: لا بأس به، فكذلك الحائط والزرع)][3].

هذه[4] أصل في هذا الباب، ولا يشترط فيها التبع[5]؛ إذ مساقاة كل واحد منهما منفرداً جائزة، وهي خير من قوله بعد في باب مساقاة النخل فيها البياض في هذه المسألة: **إذا كان تبعا للزرع.**

قال يحيى: قوله، إذا كان تبعاً للزرع لا معنى له لجواز مساقاة الحائط والزرع صفقة[6] واحدة، بمعنى[7] واحد.

وبعضهم فرق بينهما بأن المسألة الأولى[8] في جهتين والأخيرة[9] هي مختلطة؛ لأنه قال: وشجر متفرق في الزرع، وليس بينهما فرق ولا وجه للتفريق.

---

(1) قوله: (ما) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) في (ر2): (المختلفة).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 301، و(العلمية): 3/ 77، و(السعادة/ صادر): 12/ 16، و(تهذيب البراذعي): 3/ 418.

(4) في (م): (هذا).

(5) في (ر2): (البيع).

(6) في (ر2): (صفة).

(7) في (م): (بسقى).

(8) في (ر2): (الأول).

(9) في (ر2) و(ح): (الآخرة).

وقول غيره في [(المساقي يفلس فيبيع الغرماء الحائط؛ لا يجوز البيع، ويكون موقوفاً، إلا أن يرضى العامل بترك[1] المساقاة)] [2].

ثبت عند شيوخنا، وسقط للدباغ.

قال أبو محمد: طرحه سحنون، وقال: يجوز بيعه للضرورة.

قال سحنون: قول الغير هو النظر، وقول ابن القاسم أحب إلي، إذا وقعت الضرورة كان أخف، ولو كان ابتداء لم يجز.

قال غيره: ومعنى قول الغير **يكون موقوفاً**: أي: حتى يؤبر ثم يباع.

تم كتاب المساقاة بحمد الله وحسن عونه ويمنه[3].

(1) في (ر2): (بشرط).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 305، و(السعادة/ صادر): 12/ 19.

(3) قوله: (تم كتاب المساقاة بحمد الله وحسن عونه ويمنه) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الجوائح

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الجوائح

[170/ أ] معنى الجائحة: المصيبة المستأصلة؛ يقال: اجتاحهم العدو، واستولى عليهم، واجتاحتهم الشدائد: أصابتهم عامة.

ولا جائحة فيما اشتري من الثمر مع أصوله بالإجماع.

واختلف العلماء فيما اشتري من الثمار مفردا، ومذهبنا مراعاة الكثرة فيه من القلة، وتحديد الكثرة بالثلث.

ثم اختلف أئمتنا، هل الثلث راجع إلى عين الثمرة، وإن كانت قيمتها أقل من ثلث الثمن - وهو مذهب ابن القاسم وروايته - أو إلى ثلث قيمتها، وإن كان المجاح أقل من ثلث الجميع - وهو مذهب أشهب -؟ بما هو معلوم مفسر في أمهات كتبنا فلا نطول به.

وقوله[1] في الكتاب في مسألة جائحة المقثأة[2]: [(تحسب بطونها بقدر نفاقها في الأسواق في كل بطن، ثم يقوم كل ما أطعمت في كل زمان، يحمل[3] على قدر نفاقه، ثم يقسم الثمن على ذلك)][4].

واختلف[5] في تأويل هذا الكلام متى هذا التقويم، فتأوله ابن أبي زمنين وغيره أن التقويم[6] يوم وقع البيع، بقدر قيمة كل بطن في زمانه على ما عرف

---

(1) قوله: (أو إلى ثلث قيمتها.... به وقوله) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (المتقتات).

(3) قوله: (يحمل) ساقط من (ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 316، و(العلمية): 3/ 581 و582، و(السعادة/ صادر): 12/ 26.

(5) في (ح): (اختلف).

(6) قوله: (فتأوله ابن أبي زمنين وغيره أن التقويم) ساقط من (م).

من عادته، وليس يوم نزول الجائحة، وهو قول سحنون فيما حكاه بعض شيوخنا.

وذهب[1] آخرون إلى أنه إنما ينظر في ذلك يوم النازلة بالمجاح، ويستأنى بما بقي من البطون، حتى يجنى جميعها، وتقوم على حقيقة ويقين لا على ظن وتخمين، واختاره عبد الحق.

وكلام الشيخ أبي[2] محمد في المسألة يحتمل عندي[3] الوجهين، ويحتج هؤلاء[4] بما وقع في الكتاب من قوله: [(ربما كانت الفقوسة أو[5] البطيخة، بعشرة أفلس أو بالدرهم، ونصف درهم، وفي آخر الزمان، بالفلس والفلسين)][6].

وبقوله في تقويم البطون في الباب الآخر: [(وانقطعت الثمرة فلم يكن فيها إلا ثلاث بطون، وقد عرف ناحية البطن الآخر)][7].

ويحتج[8] أهل القول الأول بما قاله في الكتاب مما ظاهره خلاف هذا، بقوله أول المسألة: [(ويقوم ما بقي من النبات مما[9] لم يأت بعد في كثرة نباته

---

(1) في (ر2): (فذهب).

(2) في (ر2): (أبو).

(3) قوله: (عندي) ساقط من (ح).

(4) قوله: (هؤلاء) ساقط من (ح).

(5) في (ر2): (و).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 316، و(العلمية): 3/ 581، و(السعادة/ صادر): 12/ 25.

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 324، و(العلمية): 3/ 585، و(السعادة/ صادر): 12/ 30 و31.

(8) في (ح): بياض بقدر كلمة.

(9) في (ر2): (ما).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ونفاقه[1] مما يعرف ناحية نباته)][2].

وقاله[3] أيضاً في الباب الآخر: [(نظراً إلى ما كان قيمة هذا البطن المجاح في غلائه ورخصه، ثم ينظر إلى ما يأتي من نباتها في المستقبل...)][4] إلى آخر المسألة.

وقوله في تفسيرها نظر إلى ما يأتي بعد[5]، فيقام بطناً بعد بطن على ما فسرت من رغبة[6] الناس فيه، ورخصه وغلائه، وإلى هذا ذهب ابن زرب وغيره من الشيوخ، وهذا هو الذي يأتي على أصل ابن القاسم فيمن اشترى سلعاً[7] كثيرة فاستحق بعضها؛ أنها تقوم يوم وقعت الصفقة لا يوم النازلة.

واحتجاج[8] أولئك باختلاف ثمن الفقوسة لا حجة فيه[9] على[10] تقويمها حين وجودها، لكنه يعرف بالنفاق مقدار قيمة أول بطن وآخره يوم وقعت[11] الصفقة لو بيع مفردا ليقبض في وقته، وكذلك قوله: [(وانقطعت

---

(1) قوله: (ونفاقها) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 316، و(العلمية): 3/ 581، و(السعادة/ صادر): 12/ 25، و(تهذيب البراذعي): 3/ 425.

(3) في (ر2): (وقوله).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 322 و(العلمية): 3/ 585، و(السعادة/ صادر): 12/ 30، و(تهذيب البراذعي): 3/ 425 و426.

(5) في (ح) بياض بقدر كلمة.

(6) في (ح): (زعم).

(7) في (ح): (سلعة).

(8) في (ر2): (احتاج).

(9) في (ح): (فيها).

(10) في (ح): بياض بقدر كلمة.

(11) قوله: (وقعت) ساقط من (ر2).

الثمرة أي: أن عادتها ثلاثة[1] بطون)][2].

وقوله في التين[3] في الكتاب مضطرب[4]؛ مرة جعله فيما لا يحبس أوله على آخره من الثمار؛ فقال: مثل التفاح والرمان.

وقال مرة: يسأل أهل المعرفة، أهو مما ييبس ويدخر؟ [5]

وهذا أصل هذه المسألة أنه مختلف في البلاد، فيحكم[6] له بحكم حاله فيها، وعده[7] فيما يدخر أولى.

وقوله في تقويم الجائحة: [(إن كان ثلث هذه الثمرة التي أصابتها الجائحة، حظها في القيمة تسعة أعشار الثمن)][8].

كذا عندي في الأصل، وهي رواية ابن وضاح.

وفي خارج كتابه: القيمة مكان الثمن، وهي رواية إبراهيم بن محمد، وأبي الحسن الدباغ.

قال أحمد بن خالد: وهو أصح.

---

(1) في (ر2): (ثلاث).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 324، و(العلمية): 3/ 585، و(السعادة/ صادر): 12/ 30.

(3) قوله: (في التين) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (مضروب).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 320، و(العلمية): 3/ 583، و(السعادة/ صادر): 12/ 28، و(تهذيب البراذعي): 3/ 425.

(6) في (ح): (أبحكم).

(7) في (م): (ومده).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 317، و(العلمية): 3/ 582، و(السعادة/ صادر): 12/ 26، و(تهذيب البراذعي): 3/ 425 و426.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال القاضي رحمه الله: وقد يصحان جميعاً، أي: من[1] الثمن بعد فضه[2] على القيمة، وكذلك قوله آخر المسألة: [(وضع عن المشتري عشر الثمن)][3]، كذا في الأصول.

ووقع لابن وضاح في كتاب ابن عتاب: الثمر - بالراء - ومعناه: ما يصيب ذلك من الثمن، فهما صحيحان والأول أبيَن.

وقوله في الحديث عن عمر بن عبد العزيز: [(إنه قضى باليمين على المبتاع ألا يكتم شيئا وعليه ما أكل عياله[4])][5].

قال فضل: فيه دليل أن القول قول المبتاع مع يمينه فيما أذهبت الجائحة؛ إذا اختلف مع البائع.

وأصبغ يقول في ذلك: القول قول البائع، وعلى المبتاع البينة، ووقع في بعض روايات العتبية.

قال القاضي رحمه الله: وليس في الحديث المذكور دليل على ما قاله فضل، وتأويل[6] غيره فيه أظهر أن القول قول المشتري، إنما أراد به فيما أكل هو وعياله[7] وهذا صحيح لا خلاف فيه.

قال بعضهم: وما قضى به عمر لأم الحكم بأن ما استثنته من حائطها

---

(1) قوله: (من) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2) و(ح): (قبضه).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 317، و(العلمية): 3/ 582، و(السعادة/ صادر): 12/ 26، و(تهذيب البراذعي): 3/ 425 و426.

(4) في (م): (عياله).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 326، و(العلمية): 3/ 586، و(السعادة/ صادر): 12/ 32.

(6) في (ر2): (وتأول).

(7) في (م): (وعياله).

المجاح لها، ولم يحكم بسقوط[1] الجائحة فيه، إنما يأتي على رواية ابن وَهْب عن مالك في ذلك، وعند ابن القاسم أنه ينتقص[2] من الشيء[3] بقدر ما يصيبها من الجائحة.

قال القاضي رحمه الله: والخلاف في هذا مبني على الخلاف في المستثنى من المبيع، هل هو مشترى من المشتري أو باقٍ على أصل ملك البائع؟

فإذا [170/ ب] قلنا: إنه مشترى عمته جائحة الحائط، وأخذت بحظها منه.

وحديث علي[4] في الجائحة، وحديث جابر بعده[5] ثابت في بعض النسخ في رواية ابن هلال والدباغ، وسقط لابن وضاح وابن باز.

قال بعضهم: وليس من المدونة.

وفي حديث النبي ﷺ :[(«إذا باع المرء الثمرة فأصابتها جائحة فذهبت بثلث الثمرة[6]»)][7].

كذا رويناه في المدونة، وكذا وقع في أصول شيوخنا.

ووقع في موطأ ابن وهب، ومنه نقله سحنون: بتلك الثمرة.

وقوله: [(وما بيع من القمح والشعير والفول والعدس والقطنية

---

(1) في (ر2) و(ح): (بشمول).

(2) في (م): (ينتقض).

(3) في (م): (الثنيا).

(4) قوله: (علي) ساقط من (ر2).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 326، و(العلمية): 3/ 587، و(السعادة/ صادر): 12/ 32.

(6) قوله: (فأصابتها جائحة فذهبت بثلث الثمرة) ساقط من (م)، وقوله: (الثمرة) في (ح): (الثمن).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 325، و(العلمية): 3/ 586، و(السعادة/ صادر): 12/ 31.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والسمسم وحب الفجل فليس فيه جائحة؛ لأنه إنما يباع بعد ما يبس[1]، فهو بمنزلة ما لو باعه في الأندر لا[2] جائحة فيه)][3] بيان في جواز بيعه قائماً في فدادينه، وهذا ما لا خلاف فيه.

وقوله: **بمنزلة ما لو باعه في الأندر** يحتمل أن يريد بعد درسه، وذريه صبرة وهذا ما لا خلاف فيه أيضا.

ويحتمل أن يزيد بعد حصاده، وقبل درسه وهو قتت[4] وحزم، وهو موضع الخلاف، فعلى هذا يخرج من هنا جوازه، ولو كان في الأندر مدروساً غير مصفى لم يجز؛ إذ لا يعرف قدره لاختلاطه بالتبن.

وكذلك يجب في حزم الفول والجلبان وشبهها مما لا يتبين[5] حبه في أطراف حزمه أن يمنع بيعه بلا[6] خلاف؛ إذ لا يتوصل[7] إلى حزره لكون حبه[8] يطول قصبه مستتراً[9]، بخلاف الشعير والقمح وشبهه مما يبدو جملة سنبله، وحبه[10] في أطرافه.

وقوله: [(إن اشترى الفول أو القطنية التي تؤكل خضراء، بعد ما طابت

---

(1) في (ر2): (ييبس).

(2) في (ر2) و(ح): (ولا).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 329، و(العلمية): 3/ 588.

(4) في (ح): (قت).

(5) في (ر2): (ييبس).

(6) في (ح): (بغير).

(7) في (ح): (يو صل).

(8) قوله: (في أطراف حزمه ... لكون حبه) ساقط من (م).

(9) قوله: (مستترا) يقابله في (م): (ويكون مشترك).

(10) في (ح): (حبه).

للأكل، قبل أن تيبس، واشترط أن يترك ذلك حتى ييبس: لا يصلح، وهو مكروه)][1].

قال فضل: هو حجة لمن قال: إن الثمرة الرطبة إذا اشتريت جزافاً في رءوس النخل بشرط التأخير لليبس أنه لا يجوز، والمعروف عن مالك جوازه، وإنما يكره إذا كانت على الكيل، وكذا في الواضحة[2].

وقال في الباب الثاني: [(إن اشتريت ثمرة نخل قد حل بيعها فتركت حتى طابت، وأمكنت، ثم أصابته جائحة أنها لا توضع؛ لأن الجذاذ قد أمكنه)][3].

قال: فهذا دليل على خلاف الأول، وأن شراءه بعد طيبها على أن يتركها حتى تيبس في رءوس النخل جائز.

والشقم - بفتح الشين المعجمة وفتح القاف -: نوع من التمر.

وكذلك **عدق ابن زيد**، بكسر العين.

وكذلك[4] **البرني**، بضم الباء.

والعجوة - بفتح العين - كلها أصناف.

تم كتاب الجوائح بحمد الله وحسن عونه ويمنه.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 328، و(العلمية): 3/ 587، و(السعادة/ صادر): 12/ 33، و(تهذيب البراذعي): 3/ 430.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 7/ 310 والنوادر والزيادات: 6/ 70.

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 329، و(العلمية): 3/ 588، و(السعادة/ صادر): 12/ 34 و(تهذيب البراذعي): 3/ 430.

(4) قوله: (كذلك) زيادة من (م).

كتاب القراض

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب القراض

وله اسمان: القراض والمضاربة.

فالقراض: مأخوذ من القرض؛ قال صاحب العين: أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك[1]، فهي عطية ليجازى عليها صاحبها؛ قال الله تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾ الآية [البقرة: 245].

والقراض: عطية ليجازى عليها بجزء من ربحها[2]، والقرض في السلف من هذا، فكأن القراض سلف ينتفع آخذه لكن لا ضمان عليه فيه وعليه[3] رده، ومكافأة ما صنعه من هنا[4] معه ربه بما[5] يدخله عليه فيه من ربح، ولهذا سمي[6] هذا[7] مقارضة[8]؛ إذ المنفعة فيه والرغبة من الاثنين اللذين[9] منهما تتم المفاعلة ولا يكون ذلك في السلف؛ إذ النفع فيه للمتسلف[10] وحده.

وقد قيل[11]: سمي السلف قرضا؛ لأن الله تعالى يجازي عليه بثوابه وهذا

---

(1) في (م): (ليقضيك).
انظر: معجم العين: 5/ 49.

(2) قوله: (قال الله تعالى: {من ذا الذي...}... من ربحها) ساقط من (ح).

(3) في (م): (له).

(4) قوله: (من هنا) زيادة من (ر2)، وهو ساقط من (ح).

(5) قوله: (بما) ساقط من (ر2).

(6) في (ح): (يسمى).

(7) قوله: (هذا) زيادة من (ر2)، وهو ساقط من (ح).

(8) في (ر2): (بمقارضة).

(9) في (ر2) و(ح): (التي).

(10) في (ح): (للمسلف).

(11) قوله: (قيل) ساقط من (ح).

معترض؛ لأن هذا الاسم كان معروفاً في الجاهلية وهم لا يطلبون من الله جزاء ولا يعترف أكثرهم بمعاد.

وأما تسميته مضاربة؛ فمن الضرب في الأرض للتجارة به والسفر؛ لذلك قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: 20].

وكان أصل القراض في الجاهلية دفع المال ليسافر به، فتكون المضاربة[1] هنا[2] إما[3] بمعنى السفر الذي جاء[4] فيه فاعل من الواحد فقالوا فيه: سافر، أو لأجل أن عقده من اثنين.

ولا خلاف في جواز القراض بين المسلمين، وأنه رخصة مستثناة من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة، وهو بمعنى قول بعض شيوخنا أنه سنة، أي: إباحته[5]، والرخصة فيه جائزة بالسنة لا بمعنى السنة التي يحض على إتيانها، ولهذا قال ابن عبد الحكم: لا أقول: هو سنة.

ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدراهم غير جائز بالعروض ما كانت.

واختلفوا في الشروط التي بها يصح، فعندنا أن شروطه عشرة:

نقد[6] رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل بلدهما من العين؛ مسكوكا كان أو غير

---

(1) قوله: (فتكون المضاربة) يقابله في (م): (فيكون للتجارة).

(2) في (ح): (على هذا).

(3) في (م): (إما لأنها).

(4) في (ر2): (جاءه).

(5) في (ر2): (إباحة).

(6) في (ر2) و(ح): (تقدم).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

مسكوك، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه، وكونه مشاعاً لا مقدراً بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين سواه، [171/ أ] إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة، ومؤنة في السفر، واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عمله[1] بتحجير أو تخصيص يضر بالعمل[2]، وأن لا يضرب له أجلاً.

ومذهب الكتاب في القراض الفاسد كله أنه[3] يرجع فيه إلى أجرة مثله[4]، إلا في تسع مسائل:

القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى الضمان، والقراض المبهم، والقراض بدين يقبضه المقارض من أجنبي، والقراض على شرك في المال[5]، والقراض على أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد، والقراض على أن لا يشتري إلا سلعة كذا مما لا يكثر وجوده فاشترى غير ما أمر به، والقراض على أن يشتري عبد فلان، ثم يبيعه ويتجر بثمنه.

ومما جعل فيه قراض المثل في الكتاب مسألة عاشرة ليست من القراض الفاسد[6]، وهو: إذا اختلف المتقارضان، وأتيا بما لا يشبه، وحلفا؛ هذا مذهبه في الكتاب.

---

(1) في (م): (عليه).

(2) في (م): (بالعامل).

(3) في (ح): (أن).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 412 و413، و(العلمية): 3/ 630، و(السعادة/ صادر): 12/ 87.

(5) قوله: (والقراض المبهم والقراض بدين يقبضه... في المال) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (فاشد).

وقد عبر بعضهم عن مذهب الكتاب، ومذهب ابن القاسم فيه، وروايته عن مالك، وهو الذي حكاه ابن حبيب عنه أنه يرد إلى قراض مثله[1] في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه داخلة في المال ليست بخارجة عنه ولا خالصة لمشترطها[2].

وقد أشار ابن القاسم إلى هذا المعنى في الكتاب[3] قالوا: ويرد إلى أجر[4] مثله، بكل حال على رب المال في كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه، خالصة وخارجة من المال، وفي كل غرر، وحرام تعاملا[5] عليه خرجا به عن سنة القراض، وهو قول مُطرِّف وابن عبد الحكم وابن نافع وأصبغ وجماعة من أئمتنا واختيار ابن حبيب[6]؛ إلا أنه يرى الإجارة إنما هي في ربح إن كان في المال، وإن لم يكن فيه ربح لم يكن له شيء[7].

وغيره ممن تقدم يرى أنها منفعة متعلقة بذمة رب المال وهو المشهور ونص ما في الكتاب، ومذهب[8] عبد الملك[9] وأَشْهَب[10].

---

(1) في (ر2): (مثل).

(2) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 191.

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 413، و(العلمية): 3/ 630، و(السعادة/ صادر): 12/ 87.

(4) في (ر2): (أجرة).

(5) في (ر2): (تعامل).

(6) انظر: المقدمات والممهدات: 2/ 191، النوادر والزيادات: 7/ 250، والمنتقى: 7/ 83.

(7) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 356، والمقدمات الممهدات: 2/ 191، والنوادر والزيادات: 7/ 250، والمنتقى: 7/ 83.

(8) في (ر2): (وذهب).

(9) في (م) و(ر2): (المالك).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 250، والمنتقى: 7/ 83.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وروي عن مالك أن جميع القراض الفاسد يرد إلى قراض مثله من غير تفصيل، فهذه في[1] الجملة ثلاثة أقوال.

وخرج عبد الوهاب قولاً رابعاً على ما ذهب إليه محمد بن المَوَّاز: أنه يرد إلى قراض مثله[2] ما لم يكن أكثر من الجزء الذي سمى إن كان رب المال هو مشترط الشرط فإنما يكون له الأقل من قراض المثل أو الأجرة أو من جزئه المشترط من الربح[3].

وفيها قول خامس ذهب إليه ابن نافع في بعض هذه الصور: أنهما يمضيان على قراضهما ويسقط الشرط[4]، قاله في القراض إلى أجل أنه يسقط[5] الأجل، وهذا يأتي على الاختلاف في بيع وشرط، والقول بسقوط الشرط وصحة البيع على أنهم استبعدوا قول ابن نافع هذا.

وفيها[6] سادس لابن نافع - أيضاً - في شرح ابن مزين: أن لمشترط الزيادة إسقاطها، ويبقيان على قراضهما، فإن أبيا[7] أبطلناها ورد إلى أجرة مثله، والمال وربحه ووضيعته لربه[8].

القول السابع: قول عبد العزيز في الكتاب أنه يرد في كل شيء إلى أجرة

---

(1) في (ر2): (في هذه) زيادة من (ر2).

(2) في (ر2): (المثل).

(3) انظر: المعونة، للقاضي: 2/ 129.

(4) انظر: المنتقى شرح الموطأ، للباجي: 7/ 92.

(5) في (ر2): (سقط).

(6) في (ح): (فيه).

(7) في (ر2): (أبى).

(8) انظر: التبصرة، للخمي: 5272.

مثله[1]، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة[2].

وقوله في الذي: [(يعطيه دراهم[3] ليصرفها دنانير[4] ويعمل بها قراضاً: لا يعجبني؛ لأن في هذا منفعة لرب المال)][5].

قال فضل: هذا إذا كان الصرف في البلد له بال، وقد ذكر أَشْهَب عن مالك: أنه يرد[6] إلى قراض مثله، ويعطى أجرة صرفه، فإن لم يكن له بال مضى وهذا إذا كان التعامل في البلد بالدنانير، وليصرف رأس المال[7] دنانير وهو دليل مسألة الكتاب لقوله: [(وهي مثل المسألة التي فوقها)][8].

ولو كانت معاملتهم بالدراهم، وكان في بيعها بالدنانير[9] ليشتري بها في بلد آخر مما يتعامل فيه بالدنانير جاز؛ لأن هذا كله نوع من التجارة[10] وضرب من النظر، ويرد دراهم، وعلى هذا قالوا: لو أعطاه دنانير ليصرفها دراهم، ويشتري بها، ويكون رأس المال الدنانير لأن الشراء بالدراهم من جنس النظر؛ جاز.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 413، و(العلمية): 3/ 630، و(السعادة/ صادر): 12/ 87 و88.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 355، والمقدمات الممهدات: 2/ 190.

(3) في (ح): (دنانير).

(4) قوله: (دنانير) ساقط من (ح).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 414، و(العلمية): 3/ 631، و(السعادة/ صادر): 12/ 88، و(تهذيب البراذعي): 3/ 105.

(6) قوله: (يرد) ساقط من (ح).

(7) في (ر2): (ماله).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 414، و(العلمية): 3/ 631، و(السعادة/ صادر): 12/ 88.

(9) قوله: (وليصرف رأس... في بيعها بالدنانير) ساقط من (ح).

(10) في (ر2): (التجر).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقد وقع في بعض نسخ[1] في المدونة[2] هذا آخر الباب وأَشْهَب[3] يجيزه في تصريف الدنانير وكان صحيحا في كتاب شيخنا القاضي أبي عبد الله قالوا: ولو كان على أن يكون رأس المال الدراهم[4] لم يجز عند ابن القاسم وأجازه أَشْهَب ومعناه عندهم: إذا كانت أجرة البيع بها الشيء اليسير[5].

وقوله في: [(الذي يعطي المال على أن يكون[6] الربح كله للعامل ولا ضمان عليه: لا بأس به)][7].

قال سحنون: ويكون[8] ضامناً كالسلف[9].

قال فضل: إنما هذا إذا لم يشترط ألا ضمان عليه.

وقال محمد: إذا قال خذه[10] قراضاً[11] ولك ربحه فهذا لا ضمان عليه، وإن قال: خذه واعمل به، ولك ربحه، ولم يذكر قراضاً فهو ضامن.

وقوله: [(فيمن دفع إلى رجلين مالاً قراضاً على أن لأحدهما سدس

---

(1) في (ح): (النسخ).

(2) في (ح): (في المدونة).

(3) قوله: (أشهب) ساقط من (ح).

(4) قوله: (الدراهم) ساقط من (ر2).

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5228.

(6) قوله: (يكون) زيادة من (ح).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 416، و(العلمية): 3/ 632، و(السعادة/ صادر): 12/ 89، و(تهذيب البراذعي): 3/ 514.

(8) في (م): (ولا يكون).

(9) انظر:التبصرة ،للخمي: 5238 .

(10) في (ر2): (أخذته).

(11) قوله: (قراضا) ساقط من (ح).

الربح، وللآخر الثلث لا يجوز؛ لأن العاملين بالمال لو اشتركا على مثل هذا لم يجز، وإنما يجوز من هذا إذا عملا على مثل[1] ما يجوز في الشركة بينهما)][2].

قال بعضهم: ظاهر هذا [171/ ب] أنه لو كان عملهما[3] على قدر أجزائهما من الربح جاز، ونحوه لحمديس[4].

وفي سماع أصبغ: لا خير فيه، فإن عملا مضى[5].

قال فضل: القياس أن يرد[6] إلى قراض مثلهما[7]؛ لأنها زيادة داخلة في المال على أصله.

وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه، واعتراض سحنون على ابن القاسم بأن رب المال كأنه زاد أحدهما السدس صحيح وله مكارمة أحدهما دون الآخر[8].

وقوله في: [(الذين يأخذون المال قراضاً فيشهدون الموسم، أترى لهم نفقة في مال القراض؛ فقال مالك: لا يخرج حاجاً، وتكون نفقته في القراض وأبى ذلك)][9].

---

(1) في (ح): (قدر).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 417، و(العلمية): 3/ 632، و(السعادة/ صادر): 12/ 90، و(تهذيب البراذعي): 3/ 515.

(3) في (ر2): (عملها).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 403.

(5) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 402 والنوادر والزيادات: 7/ 273.

(6) في (ر2): (يردا).

(7) في (ح): (مثلها).

(8) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5241 .

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 423، و(العلمية): 3/ 653، و(السعادة/ صادر): 12/ 94،

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كذا لابن وضاح، وسقطت لا عند ابن باز وغيره[1]، والمعنى صحيح على الروايتين؛ لأن ما بعده يبينه أنه لا يجوز له ذلك[2]، ويمنعه.

وقول غيره في مسألة العامل: [(إذا صبغ البز[3] بمال من عنده)][4] ثابت في الأصول.

وقال الشيخ أبو محمد: هو مطروح في الأم.

وعلم[5] في كتاب ابن المرابط على فصل[6] منه، وهو قوله: [(إلا أن يكون فيها فضل فيكون له من القيمة قدر رأس المال، وربحه)][7]، وقال: ليس المعلم عليه ليحيى ولأحمد.

وقوله في مسألة الذي يخرج لحاجة نفسه: [(أو ليس قد قلت لي في الذي يخرج وينفق من عنده أنه يحسب نفقة مثله - إلى قوله - : إنما قال ذلك مالك إذا أراد أن يخرج في حاجة نفسه)][8] إلى آخر الكلام.

ثم ذكر قول سحنون: [(إذا خرج في حاجة نفسه[9]، وأعطي مالاً قراضاً =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 518.

(1) قوله: (أترى لهم... ابن باز وغيره) ساقط من (ح).

(2) قوله: (أنه لا يجوز له ذلك) يقابله في (م): (لأنه يجيز ذلك له).

(3) قوله: (صبغ البز) يقابله في (م): (ابضع ببلد)، وقوله: (البز) ساقط من (ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 425، و(العلمية): 3/ 636، و(السعادة/ صادر): 12/ 96.

(5) في (ر2): (وأعلم).

(6) في (ر2) و(ح): (فضل).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 426، و(العلمية): 3/ 637، و(السعادة/ صادر): 12/ 96.

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 427، و(العلمية): 3/ 637 و638، و(السعادة/ صادر): 12/ 97، و(تهذيب البراذعي): 3/ 518.

(9) قوله: (في حاجة نفسه) ساقط من (م).

فلا ينبغي له أن ينفق من المال الذي أعطي قراضاً؛ لأنه لم يكن خروجه بسبب ذلك المال وإنما كان خروجه لحاجة نفسه)][1].

كذا عندنا في الأصل: **يحسب نفقة مثله**، وفي بعض الروايات: لا يحسب، ولم يكن[2] عند ابن عتاب قول سحنون آخر الباب، ولا عند ابن المرابط، وثبت في رواية ابن لبابة.

قال ابن لبابة[3]: اختلف الرواة في حروف من هذه المسألة عن سحنون، وموضع الغلط منه[4] رواية من روى: **لا يحسب**، والدليل على صحة إسقاطها أنه إنما سأله عن رجل لم يخرج إلا بمال القراض، غير أنه أنفق من مال نفسه، وأوجب له الرجوع في مال القراض، فقال السائل: أو ما قد[5] قلت[6] لي فيمن خرج وأنفق من مال نفسه، فإنما احتج عليه، بخلاف جوابه فيما سأله عنه؛ فقال ابن القاسم: قلت لك[7] ذلك لأنه خرج في حاجة نفسه، وفي القراض: ومسألتك إنما خرج من سبب القراض، فالفرق بين المسألتين بيّن.

قال ابن لبابة: فأنبأك بأن الجوابين في المسألتين مختلفان، فإذا كان جوابه في المسألة[8] التي لم يشخصه إلا في القراض أن النفقة في القراض، كان الجواب

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 427، و(العلمية): 3/ 637 و638، و(السعادة/ صادر): 12/ 97.

(2) في (ر2): (يمكن).

(3) قوله: (قال ابن لبابة) ساقط من (ح).

(4) قوله: (منه) زيادة من (ر2).

(5) قوله: (قد) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (بذلت).

(7) في (ح): (له).

(8) قوله: (فإذا كان جوابه في المسألة) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الثاني ضده، وضده قوله: [(لا ينبغي أن ينفق من المال الذي يعطى قراضا)][1]؛ لأنه لم يكن أول خروجه بسبب ذلك المال، ويكون كمسألة الغازي والحاج[2]، وإليه ذهب من أثبت: **لا**، وتكون النفقة تجب على الحالتين اللتين خرج فيهما، وهما حاجته والقراض؛ بدليل قوله: **فيفض ذلك على المال القراض ونفقة مثله**، وقول سحنون موافق لما في مختصر ابن عبد الحكم.

قال ابن لبابة: إنما أدخله سحنون[3] مخالفة[4] لما قبله.

وقد قال في الباب الآخر بعده: [(إذا خرج بمال نفسه وغيره: أن النفقة على قدر المالين)][5].

ولقائل[6] أن يقول: تفترق[7] المسألتان؛ لأن هذا خرج بهما معاً ابتداء، والأول ابتداء خروجه لحاجة نفسه فهو أشبه بالحاج.

وقال حمديس في هذه المسألة: ينبغي أن تكون أصلاً لمسألة من أراد الحج والغزو وأخذ[8] قراضاً؛ أن يفض[9] النفقة عليه وعلى المال الذي أخذه، ولو

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 420، و(العلمية): 3/ 634، و(السعادة/ صادر): 12/ 92، و(تهذيب البراذعي): 3/ 518.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 423، و(العلمية): 3/ 635، و(السعادة/ صادر): 12/ 94.

(3) قوله: (سحنون) ساقط من (م).

(4) في (ر2): (خالفا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 428، و(العلمية): 3/ 638، و(السعادة/ صادر): 12/ 97.

(6) في (م) و(ر2): (وللقائل).

(7) في (ر2): (تفرق).

(8) في (ر2): (أراد).

(9) في (ر2): (بعض).

كان لم يرد ذلك إلا القراض[1] فنفقته وكراؤه من القراض ولا يضره حجه ولا غزوه إذا لم يشغله عن القراض؛ كما لو استأجر نفسه في حج أو غزو فخرج مع مستأجره وحج عن نفسه أو شهد القتال أن ذلك جائز، إذا لم يشغله عن الإجارة، وله سهمه[2].

قال فضل: ينبغي أن ينظر إلى قدر نفقته في مسيره[3] في حاجة نفسه، وإلى مال القراض، فتكون النفقة على المالين بقدر كل واحد منهما، ومثله في سماع ابن القاسم[4].

وقوله في: [(الذي يقارض عبده أو أجيره أنه جائز)][5].

وقول غيره في الأجير: [(ليس هو مثل العبد)][6].

ثبت قول الغير في الأصول، وهو ثابت لابن وضاح عند ابن المرابط، ولم يكن في كتاب ابن عتاب، وكتب عليه: قال سحنون: ليس هو مثل العبد كره أن يقارض الرجل أجيره، وهو ثابت لابن وضاح وعند ابن المرابط[7].

قال فضل: يريد أنه لا يجوز؛ لأن الخدمة غير التجارة، ومن استأجر أجيراً لعمل غير معين فأراد رده إلى غيره لم يجز؛ لأنه دين بدين.

---

(1) في (ر2) و(ح): (للتجارة في القراض).

(2) قوله: (وله سهمه) ساقط من (م).

(3) في (م) و(ح): (سيره).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 325 .

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 442، و(العلمية): 3/ 645، و(السعادة/ صادر): 12/ 107، و(تهذيب البراذعي): 3/ 526.

(6) انظر: المدونة(زايد): 8/ 443، و(العلمية): 3/ 645، و(السعادة/ صادر): 12/ 107.

(7) قوله: (وهو ثابت لابن وضاح وعند ابن لمرابط) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال ابن أبي زمنين: ما أرى غيره فرق بين الأجير والعبد، إلا أن الأجير إذا أشغله بالقراض خفف عنه بعض ما استأجره فيكون ذلك التخفيف زيادة يشترطها العامل على رب المال.

وقال غيرهما: معنى قول ابن القاسم: أن الأجير باق[1] على خدمته لم ينحرف عنها ويتجر في خلال ذلك، إذا أمكنت[2] سلعة ابتاعها.

وقال يحيى بن عمر: [172/ أ] إن كان استأجره ليتجر له فيجوز أن يعطيه مالاً قراضاً، وإن كان لخدمة فلا يجوز دفعه القراض له، وإن كان استأجره ليدفع له القراض لم يجز.

وقال غيره: معنى المسألة لابن القاسم أنه أجير، ملك جميع خدمته، فصار كالعبد، ويكون ما استأجره فيه يشبه عمل القراض، وهو نحو قول يحيى.

وقوله في المقارض: [(يشتري سلعة ثم يدفع[3] إليه رب المال قراضاً ليعمل به على حدة بالثلث أو النصف: لا أرى به بأسا.

قلت: وكذلك لو باع السلعة ولم يأمره أن يخلطه بالأول فنض[4] في يده الأول، وفيه خسارة أو ربح، فقال: إن كان باعها بمثل رأس المال فلا بأس أن يدفع إليه مالاً على مثل القراض الأول لا زيادة فيه ولا نقصان، وإن[5] كان بربح أو خسارة فلا خير فيه بوجه، شرط خلطه أو[6] لم

---

(1) قوله: (باق) زيادة من (ر2).

(2) في (ر2): (امكنته)، وفي (ح): (أمكث).

(3) في (ر2) و(ح): (دفع).

(4) في (ر2): (قبض).

(5) في (ح): (لو).

(6) في (ر2): (و).

يخلطه)][1].

اختصرتها[2] على المعنى، وذكر قول غيره.

وقد اختلف في معنى قوله في المسألة الأولى التي جوزها بشرط، إذا كان مثل القراض الأول إذا لم يكن فيها ربح؛ فذهب ابن لبابة إلى أن معنى ذلك على غير الخلط، ولو كان على معنى[3] الخلط لجاز وإن اختلفت الأجزاء[4].

ويعضد هذا ما له[5] في كتاب محمد: لا بأس أن يأخذ مائتين على أن يعمل بكل مائة على حدة، إذا كانت على جزء واحد، فإن اختلفت الأجزاء[6] لم يجز، إلا على الخلط[7]، وإلى هذا نحا فضل في معنى قوله.

وقيل: الأظهر على لفظ[8] الكتاب خلاف هذا أو[9] إنه لا يجوز إلا على الخلط وإن اتفقت الأجزاء، بدليل قوله في المسألة بعدها: [(وإن اشترط عليه ألا يخلطه)][10]؛ فدل أن كلامه في الأولى[11] على الخلط، وهو قول ابن حبيب،

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 455، و(العلمية): 3/ 651، و(السعادة/ صادر): 12/ 114، و(تهذيب البراذعي): 3/ 512 و513.

(2) في (ح): (اختصرها).

(3) قوله: (معنى) ساقط من (ر2).

(4) في (ح): (الأخرى).

(5) قوله: (له) ساقط من (ح).

(6) قوله: (ويعضد هذا ... الأجزاء) ساقط من (م).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 246.

(8) في (ر2): (ما في).

(9) في (ر2): (و).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 455، و(العلمية): 3/ 651، و(السعادة/ صادر): 12/ 115.

(11) في (ر2) و(ح): (الأول).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ورواية أبي[1] زيد[2]، وتأويل أبي محمد[3].

وقال فضل: إلا أن يريد أن الأول لم يحضر في وقت دفع الثاني حتى يعرف صحة الأمر فيه كما عرف، إذا كان ذلك[4] في وقت واحد[5].

ولم يختلفوا في جواز المسألة في دفع المالين على الخلط في الابتداء، اختلف الجزء أو اتفق، ولم يختلفوا على اختلاف الأجزاء، وترك الخلط أنه لا يجوز، وتلخيص هذه الجملة أنه ما لم يشغل المال فليزده رب المال ما شاء على ما شاء[6]، إذا كان على الخلط؛ كما لو قارضه بمالين، ولا يجوز على غير الخلط بحال.

فإذا شغله بشيء لم يجز أن يزيده على الخلط[7] بحال[8]، وجاز - على كل حال - على[9] أن لا يخلط[10]، فإذا باع السلع ونض[11] مثل رأس المال جاز أن يزيده على مثل القراض الأول على الخلط[12].

ويختلف في ترك الخلط، وإن كان فيه ربح أو وضيعة لم تجز الزيادة بحال لا

---

(1) في (ح): (ابن أبي).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 398.

(3) انظر: النوادر والزياداتك 7/ 246 و247.

(4) قوله: (إذا كان ذلك) يقابله في (م): (ذلك إذا كان).

(5) في (م) و(ر2): (واحد فعسى به).

(6) قوله: (على ما شاء) ساقط من (ح).

(7) قوله: (كما لو قارضه بمالين ... على الخلط) ساقط من (ر2).

(8) في (ر2): (بمال).

(9) قوله: (على) ساقط من (م).

(10) قوله: (وجاز على كل حال على أن لا يخلط) ساقط من (ح).

(11) في (م) و(ر2): (ونض المال).

(12) قوله: (الأول على الخلط) ساقط من (ح).

على الخلط ولا على غيره، إلا أن يتقابضا، ويتفاصلا، ثم يستأنفا القراض وخالفه غيره إذا كان فيه ربح[1] على ما نصه في الكتاب[2].

وقوله في آخر باب المقارض[3] [(يشترط عليه ألا يسافر بالمال: إذا أراد رب المال أن يبيع العامل[4] السلعة مكانه ليس ذلك له - إلى قوله - : لئلا[5] يذهب عمل العامل باطلاً[6])][7].

زاد[8] في بعض الروايات ابن وهب: (وقال الليث مثله إلا أن يكون طعاماً يخاف عليه السوس أو[9] ما يشبهه[10]، فيتلف[11] رأس المال، فإنه يؤمر حينئذ بالبيع)، ولم يكن هذا في كتاب ابن وضاح.

وكتب[12] في كتاب ابن عتاب عليها: أدخلها[13] إبراهيم بن محمد من

---

(1) قوله: (أو وضيعة... فيه ربح) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 455، و(العلمية): 3/ 651، و(السعادة/ صادر): 12/ 114.

(3) في (ر2): (المقارضين).

(4) قوله: (العامل) ساقط من (م).

(5) قوله: (لئلا) ساقط من (ح).

(6) قوله: (باطلا) ساقط من (ح).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 461، و(العلمية): 3/ 654، و(السعادة/ صادر): 12/ 118.

(8) قوله: (زاد) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (أو ما).

(10) في (م) و(ح): (شبهه).

(11) في (ح): (فيتله).

(12) في (ر2): (لم يكن).

(13) قوله: (أدخلها) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

موطأ ابن وَهْب، وليس مما[1] دون[2] سحنون، وصحت لابن باز عند ابن المرابط، ولم يكن في كتاب الأبياني ولا[3] في رواية الدباغ.

وفي كتاب ابن المرابط: يخاف عليه اللصوص مكان: السوس في كتاب ابن عتاب، وما في كتاب ابن عتاب[4] أصح معنى.

وقوله في الذي قال لرجل[5]: [(اجلس في هذا الحانوت وأعطيك مالاً تتجر به فما ربحت فلك نصفه: فهذا لا خير فيه)][6].

كذا في أصل ابن عتاب.

وخارج كتابه: فهذا أجير فيه[7] لابن وضاح، وكذا في أصل ابن سهل، وهو على أصل ابن القاسم صحيح الجواب، وكذا قال[8] في المسألة قبلها التي يبين هذه بها.

وقوله في المقارض [(بألف يبتاع عبدين صفقة واحدة بألفين، قال: يكون شريكاً)][9].

---

(1) قوله: (مما) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (بأدون).

(3) قوله: (لا) ساقط من (ح).

(4) قوله: (وما في كتاب ابن عتاب) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (لرجل) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 462، و(العلمية): 3/ 654، و(السعادة/ صادر): 12/ 119، و(تهذيب البراذعي): 3/ 535.

(7) قوله: (فيه) زيادة من (ر2).

(8) قوله: (قال) ساقط من (م).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 465، و(العلمية): 3/ 656، و(السعادة/ صادر): 12/ 121.

قالوا: معناه أنه زاد الألف واشترى بها لنفسه، ولو كان للقراض كان رب المال مخيراً عليه على ما تقدم في الكتاب[1]، وإلى هذا ذهب[2] ابن لبابة وغيره.

وذهب فضل أنه إنما اشتراها على القراض.

ومعنى قوله: كان شريكا إذا أبى رب المال أن يدفع إليه الألف على ما تقدم في الأم.

ثم قال [(فيمن دفع مائة قراضاً فاشترى العامل بمائتين، مائة نقداً ومائة إلى سنة: أرى[3] أن تقوم المائة الآجلة بالنقد)][4].

كذا في كتاب ابن عتاب، ونحوه في كتاب ابن سهل وكثير من الأصول.

قال ابن وضاح: وكذا أصلحها ابن وضاح[5]، قال: وكانت في الكتاب أن تقوم السلعة بالنقد[6]، وهو خطأ، وكذا قال ابن وضاح[7] في العتبية[8]، وكتاب[9] عبد الرحيم، وكذا ألفيت[10] في بعض الأصول من المدونة[11]،

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 390، و(العلمية): 3/ 619، و(السعادة/ صادر): 12/ 73.

(2) في (ح): (نحا).

(3) قوله: (أرى) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 465، و(العلمية): 3/ 656، و(السعادة/ صادر): 12/ 121.

(5) قوله: (ابن وضاح) يقابله في(ح): (عند سحنون).

(6) قوله: (كذا في كتاب ... السلعة بالنقد) ساقط من (م).

(7) قوله: (قال ابن وضاح) زيادة من (ر2).

(8) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 342.

(9) في (ح): (كتب).

(10) في (ح): (الليث).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 465، و(العلمية): 3/ 656، و(السعادة/ صادر): 12/ 121.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وهي رواية القابسي عن[1] الدباغ والأبياني[2]، وخطؤوا هذه الرواية، وقاله ابن المَوَّاز[3] والوجهان مرويان عن مالك.

قال فضل: قرأ لنا عبد الجبار: تقوم المائة بالنقد، وإن[4] كانت قيمتها خمسين.

وقرأ لنا غيره: وإن[5] كانت قيمتها خمسين ومائة[6].

قال سحنون: **السلعة** في كتاب ابن القاسم، وأنا أصلحت: **المائة** وتقويم السلعة محال[7].

قال يحيى: وقرأ علينا: «السلعة»، وقال: هي خطأ.

قال فضل: وهذا على مذهَبِ [172/ ب] ابن القاسم.

وأما على ما أصلح سحنون فلا معنى لذكر مائة، وإصلاح سحنون هو على رواية أَشْهَب عن مالك.

قال القاضي رحمه الله: لا يصح ذكر لفظة[8] **مائة** بعد خمسين مع قوله: تقوم المائة كما قال فضل، وإنما يتوجه على قوله: تقوم السلعة.

وسقطت لفظة مائة من كتاب ابن عتاب وابن سهل وأكثر الأصول،

---

(1) في (ر2): (و).

(2) في (ر2): (عن الأبياني).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 258.

(4) في (م) و(ح): (فإن).

(5) في (م) و(ح): (فإن).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 465، و(العلمية): 3/ 656، و(السعادة/ صادر): 12/ 121 .

(7) في (م) و(ر2): (بحال). وانظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 343.

(8) في (ر2): (لفظ).

وثبتت عند ابن المرابط، وفي بعض النسخ، وقد تقدم أن تقويم المائة[1] هو الصواب.

قال محمد بن المَوَّاز: روي لنا عن ابن القاسم في كتاب عبد الرحيم أن تقوّم السلعة بالنقد، فما زادت قيمتها على المائة التي دفع إليه رب المال كان بتلك الزيادة شريكاً[2].

قال ابن لبابة: السلعة ثابتة في الأسدية، وكذا في بعض روايات المدونة: تقوم السلعة بالنقد فتعرف زيادة قيمتها[3] على مال القراض، فيشترك[4] به صاحب المال[5]، وهذا نحو ما حكاه محمد عن كتاب عبد الرحيم.

قال ابن لبابة: وقال سحنون: تعرف[6] قيمة الدين بالنقد فيشترك[7] رب[8] المال بتلك القيمة.

وفي بعض الروايات أسقط القول الأول، وجعل قول سحنون مكانه.

ومحمد بن عبد الرحمن[9] الأسدي، عن عروة - بفتح السين - أسد قريش وهو أبو الأسود، المعروف بيتيم عروة، شيخ مالك.

---

(1) في (ر2): (المسألة).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 258.

(3) قوله: (زيادة قيمتها) يقابله في(ح): (قيمة زيادتها).

(4) في (ر2): (فيشرك).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 465، و(العلمية): 3/ 656، و(السعادة/ صادر): 12/ 121.

(6) في (ح): (يُعرف).

(7) في (ر2): (فيشرك).

(8) في (ح): (رأس).

(9) في (ر2): (عبد الرحيم).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ومقدم مولى أم الحكم، بفتح القاف والدال.

ومسألة: [(الذي يبتاع السلعة فيقصر ماله عنها فيأتي الرجل[1] فيأخذ منه مالاً قراضاً - إلى[2] قوله -: فلا أحب هذا)][3].

زاد في بعض الروايات: (ولو علم أن ذلك صحيح لم يكن لغلاء وقع فيه وما أشبه ذلك؛ لم يكن به بأس)، ولم يكن في أصول شيوخنا من المدونة، وهي صحيحة في أصل سماع ابن القاسم وفي الأسدية[4].

قال فضل: وطرحها سحنون، وقال: لا يعجبني العمل به وإن صح، وقاله ابن القاسم أيضاً[5].

قال ابن المَوَّاز: لا يحل؛ لأن ثمن السلعة صار ديناً في ذمة العامل، فإن وقع؛ فالربح[6] له والوضيعة عليه.

ومسألة: [(المقارض يشتري من رب المال سلعة: لا يعجبني، وإن صحت من هذين فلا تصح من غيرهما...)][7] إلى آخر المسألة.

وقع في أصل الأسدية: وإن وقع[8] لم أر به بأساً، ومثله في كتاب عبد

---

(1) في (ر2): (إلى الرجل).

(2) قوله: (إلى) ساقط من (ر2).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 465، و(العلمية): 3/ 656، و(السعادة/ صادر): 12/ 121، و(تهذيب البراذعي): 3/ 536.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 337.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 254.

(6) في (ر2): (في الربع).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 469، و(العلمية): 3/ 658 و659، و(السعادة/ صادر): 12/ 124، و(تهذيب البراذعي): 3/ 539.

(8) في (ر2) و(ح): (صح).

الرحيم، واختلف قول مالك فيه في كتاب محمد[1].

وقوله في: [(المقارض يطأ جارية من مال القراض فحملت منه: إن كان له مال أخذ منه قيمتها)][2]، كذا عندنا، وكذا في المبسوط[3].

وقيل[4]: معناه أن العامل اشتراها للقراض ثم تعدى، ولذلك لزمته القيمة.

وقيل: ذلك سواء، وقد كان من قول ابن القاسم: إنه وإن اشتراها وقد تسلف[5] ثمنها من مال القراض أنه يتبع بقيمتها[6] وإن كان عديماً في الوجهين إن كان موسراً، فإن كان عديماً بيعت ويتبع بقيمة الولد إن[7] لم يكن في ثمنها فضل عن قيمتها[8].

قالوا: وهذا أصل قول مالك، وقول ابن القاسم ضعيف عندهم[9].

وقوله في: [(العبد إذا أعتقه إن كان العامل موسراً: أعتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله وربحه)][10].

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5290.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 471، و(العلمية): 3/ 659، و(السعادة/ صادر): 12/ 125، و(تهذيب البراذعي): 4/ 540.

(3) في (ر2): (المبسوطة).

(4) في (ر2): (قيل).

(5) قوله: (وقد كان من... تسلف) ساقط من (ح).

(6) قوله: (وقيل ذلك سواء... بقيمتها) مكرر في (ر2).

(7) في (م): (وإن).

(8) انظر: المقدمات والممهدات، لابن رشد: 2/ 201.

(9) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 346.

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 471، و(العلمية): 3/ 659، و(السعادة/ صادر): 12/ 125، و(تهذيب البراذعي): 3/ 539.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قيل: معناه اشتراه لنفسه، ولو كان للقراض كانت عليه قيمته.

قال بعض الشيوخ: ويلزم إذا اشتراه لنفسه فأعتقه أن يكون عليه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم أعتقه، وكذلك يأتي الجواب في مسألة الجارية المتقدمة، والكلام فيها في هذه الوجوه سواء.

وقول غيره آخر الباب: [(كل من جاز له أن يبيع شيئاً أطلقت يده عليه)][1] إلى آخر المسألة صحيح لابن باز عند ابن عتاب.

وقال ابن وضاح: أمر سحنون بطرحه، وسقط من كتاب ابن المرابط.

وقوله في باب عبد القراض يقتله عبد رجل: [(أرأيت إن لم يكن في العبد - يعني القاتل - فضل عن رأس المال؟ فقال سيده: أنا أقتل، وأبى العامل ذلك، وجوابه: أرى لرب المال أن يقتص، وإنما ذلك في القتل)][2].

ثبتت هذه المسألة عند ابن وضاح في[3] كتاب ابن عتاب، وابن المرابط وكثير[4] من النسخ.

قال ابن وضاح: وقرأتها[5] على سحنون، ولم[6] يقرأها ابن باز، وقال هي من المختلطة، ولم تثبت[7] في رواية يحيى ولا في كتاب الأبياني، واعترضها فضل بن سلمة وقال: كيف يكون للسيد القصاص إذا لم يكن في العبد فضل؟

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 471، و(العلمية): 3/ 660، و(السعادة/ صادر): 12/ 125.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 472، و(العلمية): 3/ 660، و(السعادة/ صادر): 12/ 126.

(3) في (ر2): (وفي).

(4) في (ر2): (وكثيرا).

(5) في (ر2): (قرأناها).

(6) في (م) و(ح): (فلم).

(7) في (ر2): (ولم يثبت).

والعامل يقول: أرجو أن يحول سوقه بزيادة.

قال القاضي رحمه الله: وتأمل قوله: **وهذا**[1] **في القتل** يدل أن الجراح بخلافه.

قالوا: لأنه في القتل مفاصلة، وليس كذلك الجراح؛ لبقاء العبد في يد العامل يعمل به فيكون باقتصاصه[2] نقص رأس المال، ويجبره[3] العامل بالربح.

وقوله في باب الدعوى: [(إذا قال رب المال أبضعته معك، وقال العامل: بل هو قراض؛ القول قول رب المال، ويحلف[4] - إلى قوله -: فإن نكل كان القول قول العامل مع يمينه إن كان ممن يستعمل مثله في القراض)][5].

وقال بعض الشيوخ: وهذه زيادة مستغنى عنها؛ لأن من نكل كان القول قول خصمه، ادعى ما يشبه أم لا؛ لأنه قد صدقه.

---

(1) قوله: (وهذا) يقابله في(ح): (في هذا).

(2) في (ر2): (اقتصاصه).

(3) في (ر2): (أو يجبره).

(4) في (ر2): (أو يحلف).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 473، و(العلمية): 3/ 661، و(السعادة/ صادر): 12/ 127، و(تهذيب البراذعي): 3/ 541.

كتاب الشركة

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

[173/أ] كتاب الشركة

الشركة عقد يلزم بالقول[1] كسائر العقود والمعاوضات، وهو رخصة في بابه الذي يختص به، هذا مذهب ابن القاسم في الكتاب، ومذهب غيره أنه لا يلزم إلا بالخلط[2].

والشركة ثلاثة[3] ضروب: **شركة أموال، وشركة أبدان، وشركة ذمم**، وكل ضرب منها على ثلاثة أقسام:

فشركة الأموال: **شركة مفاوضة** وهي الاختلاط في كل شيء من أموال[4] التجارة، وهي جائزة عندنا باتفاق، ومنعها الشافعي.

وسميت مفاوضة؛ لتفويض كل واحد منهما[5] الأمر إلى صاحبه؛ قال الله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [غافر: 44].

وقيل[6]: سميت بذلك[7] لاستوائهما، من قولهم: تفاوضنا في الحديث[8].

وقيل: المفاوضة المشاورة، كأنهما يتشاوران في جميع أمورهما؛ إذ لا يختص أحدهما بشيء دون الآخر.

الثانية: شركة عنان، وهي الشركة في شيء مخصوص للتجارة.

---

(1) في (م) و(ح): (بالعقد).

(2) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4776.

(3) في (ر2): (ثلاث).

(4) في (ر2): (مال).

(5) في (ر2): (منهم).

(6) في (ح): (فقيل).

(7) قوله: (سميت بذلك) ساقط من (ح).

(8) انظر: تهذيب اللغة: 1/ 82، والمصباح المنير: 2/ 483.

قال في تفسير ابن مزين[1]: على السواء[2]، واتفق على جوازها ولم يعرف مالك مرة اسمها أو تخصيصها بالجواز أو استعمال هذا اللفظ ببلدهم[3]، وقد تقدم[4] تفسيره في كتاب السلم الثاني.

ويقال: عنان - بالكسر - وهو الأكثر[5] لمن جعل اشتقاقه من عنان الدابة، وعنان -بالفتح - لمن[6] جعله من عن لي الأمر، أو من عنان السحاب لظهوره.

الثالثة[7]: **شركة المضاربة** وهي القراض، من الضرب بالمال في الأرض وهو السفر به، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: 101].

وأما شركة الأبدان فهي أيضاً ثلاثة ضروب:

شركة بغير آلة[8] **ولا رأس مال أو بآلة لا قدر لها** كالتعليم والحمل على الرؤوس والخياطة والبناء، فمن شرط جواز هذه ثلاث[9] صفات:

التقارب في القدرة والمعرفة بذلك العمل[10].

وأن يكون عملاً واحداً.

---

(1) في (ر2): (أبي مزين).

(2) في (ر2): (سواء).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 383 و384، و(العلمية): 3/ 615، و(السعادة/ صادر): 12/ 68، و(تهذيب البراذعي): 3/ 562 .

(4) قوله: (تفسير ابن مزين... وقد تقدم) ساقط من (ح).

(5) في (ر2): (للأكثر).

(6) في (ر2): (فمن).

(7) في (ر2): (وثالثه).

(8) في (م) و(ح): (آلات).

(9) في (ح): (الثلاثة).

(10) في (ر2): (القدر).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وأن يكونا فيه مجتمعين، غير مفترقين متعاونين فيه[1].

وقد تأول شيوخنا ما وقع في العتبية من جواز الافتراق في ذلك أنهما يتعاونان في الموضعين، وأن نفاق[2] صنعتهما في الموضعين سواء[3] وعلى هذا يكون وفاقاً للمدونة؛ إذ ليس المقصود الجلوس في موضع واحد، إلا لتقارب أسواقه، ومنافعه، وإذا تباعد ربما كانت المنفعة لأحدهما دون الآخر فدخله الغرر، وأكل المال بالباطل.

الثاني: أن تكون صناعتهما تحتاج إلى آلة؛ كالكمد والنسج والصيد بالجوارح والحمل على الدواب، وهذا[4] يحتاج إلى شرطين زائدين على الثلاثة المتقدمة.

رابع[5]: وهو[6] الاشتراك في الآلة بالملك أو بالإجارة من غيرهما، وهل يجوز أن يؤاجر أحدهما نصف آلة صاحبه، بنصف آلته هو، وهما متساويان؟

ظاهر الكتاب: الجواز، ولابن القاسم وغيره: المنع، إلا بالتساوي في الملك أو الكراء من[7] غيرهما، فإن لم يذكرا كراء واستويا[8]، فظاهر المدونة: المنع، فإن وقع

---

(1) قوله: (فيه) ساقط من (م).

(2) قوله: (وأن نفاق) يقابله في (ر2): (أو اتفاق).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 14.

(4) في (ر2): (هذا).

(5) قوله: (رابع) ساقط من (م).

(6) في (ر2): (هو).

(7) في (م) و(ح): (ومن).

(8) في (ر2): (واستوى).

مضى[1]، وأجازه سحنون[2]، واختلف في تأويل قوله في الكتاب في ذلك[3].

وشرط خامس: وهو أن يكون عملهما وقسمتهما على قدر رؤوس أموالهما في هذا العمل.

وأما شركة الذمم فهي **ثلاثة ضروب أيضاً**: شركة في شراء شيء بعينه: فهذا جائز، اعتدلا أو اختلفا، ويتبع كل واحد منهما[4] من ثمن تلك السلعة بقدر نصيبه.

الثانية: اشتراكهما[5] في معين على أن يتحمل[6] كل واحد منهما بصاحبه، فإن كانا معتدلين فيه[7] جازت الشركة والبيع، وإن كانا مختلفين لم يجز ذلك.

الثالثة: شركة[8] على غير معين فهذا لا يجوز، وهو[9] من باب: تحمل عني وأتحمل عنك، وأسلفني وأسلفك، فإن وقع هذا فقد وقع في باب شركة المفاوضة [(أن ما اشترى كل واحد منهما[10] فهو بينه وبين صاحبه؛ لأن

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 347، و(العلمية): 3/ 596، و(السعادة/ صادر): 12/ 44، و(تهذيب البراذعي): 3/ 583.

(2) انظر: المقدمات والممهدات، لابن رشد: 2/ 212.

(3) قوله: (في ذلك) ساقط من (ر2).

(4) في (ر2): (منهم).

(5) في (ح): (أن يشتركا).

(6) في (ر2) و(ح): (يتعجل).

(7) في (م) و(ح): (فيها).

(8) في (ر2): (أن يشتركا)، وقوله: (اشتراكهما... الثالثة: شركة) ساقط من (ح).

(9) في (ر2): (هذا).

(10) قوله: (منهما) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

صاحبه[1] قد[2] أمره أن يشتري عليه)][3].

وكذا كان في هذا الباب في الأسدية بعد قوله: **لا تعجبني هذه الشركة**، قال: فإن نزلت رأيت أن يكون ما اشترى كل واحد منهما يلزم صاحبه نصفه؛ لأنه قد اشتراه بإذن[4] صاحبه.

قال حمديس[5]: كأنه حمله محمل[6] الوكالة[7]، ولأصبغ نحوه.

قال فضل: طرح سحنون قول ابن القاسم هنا، وقال: لكل واحد منهما[8] ما اشتراه.

وقوله[9] في الصانعين: [(على أن على صاحب الثلث ثلث الصناع[10])][11]؛ كذا لهم.

ولابن وضاح: الضياع - بالضاد المعجمة والياء باثنتين[12]- يريد:

---

(1) قوله: (لأن صاحبه) ساقط من (م).

(2) قوله: (قد) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 388، و(العلمية): 3/ 617، و(السعادة/ صادر): 12/ 71.

(4) في (ح): (بغير إذن).

(5) قوله: (قال حمديس) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (على).

(7) انظر:النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 139 .

(8) في (ر2): (منهم).

(9) في (م): (قوله).

(10) في (ر2) و(ح): (الضياع).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 344، و(العلمية): 3/ 595، و(السعادة/ صادر): 12/ 42، و(تهذيب البراذعي): 3/ 547.

(12) في (م) و(ح): (باثنين).

الضمان، والرواية الأولى تصحيف، وهذه أصح؛ لأنه قال في السؤال: قصاران لا صباغان[1].

والمُدُقة - بضم الميم والدال - والمِدَقة - بكسر الميم وفتح الدال - وهي الإرزبة[2] - بكسر الهمزة - التي تكمد بها الثياب[3].

وقوله في مسألة: [(الثلاثة نفر لأحدهم[4] البيت، وللآخر الدابة، وللآخر الرحى، اشتركوا [173/ ب] بالسواء، وذكره في السؤال أنهم جهلوا أن ذلك غير جائز، فعملنا وأصبنا مالاً فقسم بيننا[5] أثلاثاً، إذا كان كراء الدابة والرحى والبيت معتدلا[6])][7].

فظاهر هذا أن مذهب الكتاب هنا ما قدمناه، أنه لا يجوز حتى يكتري كل واحد منهما نصيبه بنصيب صاحبه إذا كان مستوياً، وسحنون يجيز ذلك

---

(1) قوله: (قصاران لا صباغان) يقابله في (ر2): (قصارين لا صباغين).

(2) في (ح): (الإرزية).

(3) وافق كثير من اللغويين ما جاء به عياض في ضبط كلمة (المدقة)؛ فيقول المطرزي: «المِدَقّ والمِدَقّة - بكسر الميم - والمُدُقّ - بضمتين -: اسمٌ لما يُدقّ به، وذلك عامّ، وأما المخصوص بالقَصّارين فيقال له: الكُذبِنَقُ والبَيْزَرُ والميجَنَةُ»، وفي تاج العروس يقول الزبيدي: «والمِدَق والمِدَقَّةُ بكسرِهما على القِياسِ، والمُدُقُّ - بضمّتَيْن - وهو نادِرٌ، قال سيبَوَيْهِ: هو أحدُ ما جاءَ من الأدَواتِ الَّتِي يُعْتَمَلُ بِهَا على مُفْعُل بالضَّمِّ: ما يُدَقُّ به الشَّيْء».
انظر: المغرب في ترتيب المعرب: 1/ 292، ولسان العرب: 10/ 100، وتاج العروس: 25/ 295.

(4) قوله: (نفر لأحدهم) يقابله في (ر2): (لأحدهما).

(5) قوله: (فقسم بيننا) يقابله في (ر2): (أنقسم).

(6) في (ر2): (معتمدا).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 347، و(العلمية): 3/ 425، و(السعادة/ صادر): 12/ 45، و(تهذيب البراذعي): 3/ 549.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

إذا استويا[1].

قال أحمد بن خالد: هذا قول سحنون وهو في المختلطة خطأ فأصلحها في هذا الموضع، وتأول سحنون ما في الكتاب أنه إنما يمنع منه إذا كان كراء الآلة وهذه الأشياء مختلفاً[2]، وقد يحتج لهذا[3] بقوله آخر المسألة: **فقد أكرى كل واحد منهما متاعه بمتاع صاحبه، وكانت الشركة صحيحة.**

قال أبو محمد بن أبي زيد[4]: يريد[5] قد آلت إلى الصحة لا أنها[6] تجوز ابتداء دون معرفة أكريته، كشراء كل واحد[7] ذلك من صاحبه، هكذا نزل كلامه[8].

قال غيره: ويؤيد قوله بعد في باب[9] شركة الحمالين، حتى تكون الأداة بينهما، فما ضاع منهما أو تلف منهما جميعا[10]، وما سلم منهما[11].

قالوا: وقوله هناك إذا كانت قيمتهما مختلفة، قال[12]: سحنون أدخل هذه

---

(1) انظر: المقدمات الممهدات ،لابن رشد: 2/ 212 .

(2) في (ح): (مختلف).

(3) قوله: (لهذا) ساقط من (م).

(4) قوله: (بن أبي زيد) ساقط من (ر2) و(ح).

(5) في (ح): (أراد).

(6) في (ر2) و(ح): (لأنها).

(7) قوله: (تجوز ابتداء... كل واحد) يقابله في(ح): (تجوز ابتداء، دون معرفة أكريته، كراء كل واجد).

(8) انظر:النوادر والزيادات : 7/ 331 .

(9) في (م): (ذلك في).

(10) قوله: (أو تلف منهما جميعا) ساقط من (م).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 354، و(العلمية): 3/ 600، و(السعادة/ صادر): 12/ 49.

(12) قوله: (قال) زيادة من (م).

اللفظة على مذهَبِه.

وقد ذكر فضل أن سحنون طرح اسمه عليها من قوله: فما ضاع إلى قوله: جميعاً، كأنه نحا إلى الرواية الأخرى، وقد بينه ابن القاسم آخر المسألة.

ولو استأجر الذي لا أداة له نصف أداة صاحبه جاز، ويعتضد[1] سحنون ومن ذهب مذهبه بمسألة المزارعة[2].

ومذهب مالك وابن القاسم في إجازة التساوي فيما يخرج هذا من البقر والأداة، وما[3] يخرج هذا[4] الآخر من الأرض والممسك، أو ما يخرج كل واحد منهما من آلته[5]، وكذا جاءت عندنا هذه الرواية هنا[6].

[(وروى[7] غيره، وهو ابن القاسم)][8]، كذا[9] في كتابي[10] ابن عتاب وابن المرابط.

وفي بعض النسخ: وهو ابن غانم.

وجاء ذكر[11] ابن غانم في الرواية التي قبلها في كتاب أحمد بن خالد،

---

(1) في (ح): (يعتمد).

(2) في (ر2): (الزراعة).

(3) قوله: (ما) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (هذا) ساقط من (ر2) و(ح).

(5) في (ح): (ألاته).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 354، و(العلمية): 3/ 600، و(السعادة/ صادر): 12/ 49 .

(7) في (ر2): (ورواه).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 354، و(العلمية): 3/ 600، و(السعادة/ صادر): 12/ 49 .

(9) قوله: (كذا) ساقط من (م).

(10) في (م) و(ح): (كتاب).

(11) قوله: (ذكر) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وكذا في[1] أصل ابن المرابط وابن سهل: وقد روى[2] ابن غانم[3].

وعند ابن عتاب مكانه: وقد روي[4] في شركة الحرث عن مالك اختلاف فيما يخرجان من البقر والأداة[5].

وذكر[6] بعض الرواة عن مالك أن ذلك لا يجوز، حتى يكون البقر[7] والأداة بينهما، فتكون مصيبته[8] منهما[9] جميعا[10]، وهذا مثل ما لابن القاسم في المسألة قبلها، وعلى ما عند ابن عتاب اختصرها ابن أبي زيد وهي رواية ابن أبي عقبة من القرويين.

ومعنى الممسك هنا الحراث[11]، والأداة بفتح الهمزة الآلة، وهي[12] ما يحتاج إليه في ذلك العمل وبه يقوم.

ومحتش[13] - بفتح التاء[14] وتشديد الشين - مجتمع الحشيش مما

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ح).

(2) في (ر2): (روي).

(3) في (ح): (غالب).

(4) في (ر2): (روى).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 354، و(العلمية): 3/ 600، و(السعادة/ صادر): 12/ 49.

(6) في (ر2): (وذكره).

(7) في (ر2): (النقد).

(8) في (م): (مصيبتها).

(9) في (ر2): (بينهما).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 354، و(العلمية): 3/ 600، و(السعادة/ صادر): 12/ 49.

(11) في (ح): (الحارث).

(12) قوله: (هي) زيادة من (م).

(13) في (ر2): (ويحتش)، وفي (ح): (يحتشين).

(14) في (ر2): (الياء).

تنبت الأرض.

ومسألة[1] الاشتراك في الصيد بالبزاة[2] والكلاب قال: لا أرى ذلك إلا أن يكون الكلاب والبزاة[3] بينهما، أو يكون البازيان والكلبان يتعاونان، وطلبهما واحد وأخذهما واحد[4] لا يفترقان)][5].

كذا في أكثر النسخ.

وفي روايتي عن شيوخي وفي أصولهم في هذا الحرف: أو يكون البازيان.

وفي[6] كتاب ابن سهل: وقع في بعض الروايات: ويكون البازيان، فعلى هذا يفترق[7] الصائدان، اشتراكهما فيهما[8] كالصانعين، ونحوه في كتاب محمد، وكأنه رآهما كآلتين أو هما[9] تبع لفعل الصائدين، وأنه لا يجوز حتى يشتركا فيهما وفي العمل بهما معا[10].

وأما على رواية: «أو» فاستدل منه الأشياخ على أن الاشتراك إذا حصل بينهما لم يلزم اجتماعهما، وجاز الافتراق، كما قال في كتاب ابن حبيب في

---

(1) في (ر2): (مسألة).

(2) في (ر2): (والبزاة).

(3) قوله: (والكلاب قال: لا أرى ذلك ... والبزاة) ساقط من (م).

(4) قوله: (وأخذهما واحد) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 356، و(العلمية): 3/ 601، و(السعادة/ صادر): 12/ 51، و(تهذيب البراذعي): 3/ 551.

(6) في (ر2): (في).

(7) في (م) و(ر2): (يفرق).

(8) قوله: (فيهما) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2) و(ح): (هي).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 332 .

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

المشتركين في الدابتين يشتركان على العمل بينهما: إنه يجوز لهما العمل مفترقين[1]، وكذلك قال بعض المتأخرين في الصائدين بالبزاة أو الكلاب[2] المشتركة، وجعلوا ههنا الكلاب والجوارح، كرؤوس الأموال، ولأن الجوارح هي معظم عمل الصيد فإذا اشتركا فيها لم يقع غرر، وعمل أحدهما بها كعمل أحدهما في بيعه في سفره[3] وشرائه بالمال، ويستدل فيه أيضاً أن التساوي في الآلة يجوز معه الاشتراك وإن لم يشتركا فيها على ما تقدم.

وذكر[4] في الكتاب في [(اختلاف المالين إذا أخرج أحدهما مائة والآخر مائتين على تسوية ما وراء ذلك.. إلى آخر المسألة - إلى قوله -: ولو كانت سلفاً لكان له ربح الخمسين التي أعطاه حتى[5] يساويه في رأس المال، ولكان ضامناً للخمسين.

قال: وأراه إنما أسلفه الخمسين على أن أعانه بالعمل فأراه مفسوخاً ولا ضمان عليه، وضمانه[6] من صاحب المائتين، وربحها له، ووضيعتها عليه، ولصاحب المائتين أجرته فيما أعانه)][7].

قال بعض شيوخنا القرويين: هذا هو مذهبه في الكتاب؛ لأن الآخر لم يتمكن منها تمكُّنا صحيحا؛ لشرط ربها عليه أن يتجر بها في جملة المال ولا يبين

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي: 4806، والنوادر والزيادات: 7/ 334.

(2) في (م) و(ح): (والكلاب).

(3) في (ر2): (وسفره).

(4) في (ر2): (قد ذكر).

(5) في (ر2): (حين).

(6) في (م) و(ح): (ضمانها).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 365، و(العلمية): 3/ 605، و(السعادة/ صادر): 12/ 55.

بها؛ ولأن يد صاحب المائتين مطلقة في التصرف في جميع المال؛ ألا تراه كيف قال: إنما أسلفه الخمسين على أن أعانه بالعمل.

وفيها قول آخر: إن ضمانها من الشريك وربحها له، وإلى[1] هذا ذهب ابن حبيب.

قال: وقد واقعا ما حرم الله تعالى.

قال فضل: مذهب ابن القاسم في المدونة [174/ أ] أن السلف لا يكون إلا مضموناً، وأرى الربح والوضيعة على قدر المال وهو كمن أخرج مائة، وآخر مائتين على أن الربح بينهما نصفين[2]، وإلى هذا ذهب سحنون[3].

وقوله في [(الشركة في المعادن إذا مات أحدهما بعدما أدرك النيل: المعادن لا تملك، فإذا مات صاحبها أقطعها السلطان لغيره)][4].

قال سحنون: إن لم يكن هذا سنة فلا ينبغي.

وقال غيره: لعله يريد في الكتاب أنه لم يدرك نيلاً؛ إذ لم يجب على مسألته وإنما أجاب عن حكم المعدن[5] في الجملة.

وأشهب يقول: ورثة الميت أحق به وإن لم يدرك نيلاً.

وغيره يقول: إن قدر ورثته على العمل فهم أحق به.

---

(1) قوله: (وربحها له، وإلى) يقابله في(ح): (لربها للوافي هذا).

(2) في (م): (نصفان).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 382، و(العلمية): 3/ 615، و(السعادة/ صادر): 12/ 67.

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 357 و358، و(العلمية): 3/ 602، و(السعادة/ صادر): 12/ 51، و(تهذيب البراذعي): 3/ 552.

(5) قوله: (حكما لمعدن) يقابله في(ح): (حكم المعدن).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وآخر يقول: النيل الذي أدرك لورثته، ذكر ذلك ابن عبدوس.

مسألة المزارعة ووجوهها ثلاثة: وجه لا خلاف في الجواز فيه عندنا، وهو اشتراكهم في الأرض والآلة والعمل والزريعة.

ووجه[1] لا يختلف فيه[2] عندنا في فساده وهو اختصاص أحدهم بكون البذر من عنده دون الآخر، ومن عند الآخر الأرض التي لها قيمة، اشتركا في غير ذلك أو لا، اختلفوا فيما سواه أو تساووا؛ لأنه كراء الأرض بما يخرج منها، إلا ما ذهب إليه الداودي في كراء الأرض بما يخرج منها[3]، والأصيلي ويحيى ابن يحيى في جواز كرائها بالجزء على مذهَبِ الليث في الوجهين، وكلاهما خارج عن مذهب مالك وأصحابه.

وما عدا هذين الوجهين مختلف فيه عندنا، فنزل مسائله كيف شئت بعد إذا سلمت من هذا الاعتلال تجد نصوص خلاف[4] أصحابنا فيها في الأصول مشهوراً[5] معلوماً.

وقوله في مسألة [(ثلاثة[6] نفر اشتركوا في زرع: وقد قال ابن غانم عن مالك: يكون الزرع لصاحب الزريعة)][7].

---

(1) قوله: (وجه لا خلاف فيه في الجواز عندنا... والعمل والزريعة. و) ساقط من (م).

(2) قوله: (يختلف فيه) يقابله في (ر2): (خلاف).

(3) قوله: (إلا ما ذهب إليه الداودي في كراء الأرض بما يخرج منها) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (خلاف) ساقط من (م).

(5) قوله: (مشهورا معلوما) يقابله في (ر2): (مشهور معلوم).

(6) في (ر2): (الثلاثة).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 362، و(العلمية): 3/ 604، و(السعادة/ صادر): 12/ 54، و(تهذيب البراذعي): 3/ 554.

كذا لابن وضاح وابن هلال وأكثر الرواة.

وعند ابن باز: وقال ابن وهب وابن غانم عن مالك، وعند ابن[1] أبي عقبة، وقد[2] قال غيره: يكون الزرع.

وقوله في باب الشركة بالعروض: [(إذا وقع على الفساد إن كانا لم يعملا، وأدركت السلعتان ردتا)][3]، كذا روايتنا.

وفي بعض النسخ: لم يفوتا[4] ببيع ردتا.

وفي بعضها: لم تتغير، ولم تفت ردتا، وأصلنا في هذا ما قاله شيوخنا: إنه يفيتها حوالة الأسواق كالبيع الفاسد، وكذلك نصوا عليه.

والشركة[5] من أنواع المعاوضة على أصل ابن القاسم، وتنعقد[6] عنده بالقول، وهي هنا كالبيع الفاسد.

وقوله [(فيما استعاره أحد المتفاوضين من شيء ليحمل[7] عليه شيئاً من تجارتهما فتلف أو لغير تجارتهما: إن الضمان على الذي استعاره وحده - ثم ذكر الدابة والسفينة[8]، ثم ذكر قول غيره - : عارية في الدواب لا تضمن، إلا بالتعدي)][9] فظاهره أنه خلاف.

---

(1) قوله: (ابن) ساقط من (ح).

(2) قوله: (قد) ساقط من (ح).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 364، و(العلمية): 3/ 605، و(السعادة/ صادر): 12/ 55.

(4) في (ح): (يفوتاه).

(5) في (ر2): (أو الشركة).

(6) في (ر2): (وتعتقد).

(7) في (ر2): (يتحمل).

(8) في (ر2): (أو السفينة).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 398 و399، و(العلمية): 3/ 623، و(السعادة/ صادر):

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ومن أصل قول[1] ابن القاسم أن عواري الدواب لا تضمن؛ لأنها مما لا يغاب عليه[2].

وذهب حمديس إلى[3] أن معنى المسألة أولاً[4] في كلام ابن القاسم فيما يغاب عليه، وأما الدواب فلا يضمنها إلا بالتعدي، وقال أبو محمد بن أبي زيد رحمه الله: يريد بعد أن تبين[5] كذبه في الحيوان[6]، وذهب[7] إلى أن قول الغير تفسير[8].

وقال ابن لبابة: لبس[9] سحنون هذا الباب وأدخل قول غيره في[10] أثناء قول ابن القاسم، ويحتمل إرادته معنيين:

أحدهما: أنه ألزم المستعير الضمان لاستعارته بغير إذن صاحبه، يريد: فصار كالمتعدي بذلك، كما قال في المسألة آخر الكتاب في [(الأجنبي الذي حمل الغلام الذي كان سيده استعار الدابة لحمله: إنه ضامن وهو لم يفعل في الدابة إلا ما أباحه[11] صاحبها له، بخلاف شريك

=

12/ 78، و(تهذيب البراذعي): 3/ 568.

(1) قوله: (قول) ساقط من (ر2).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/ 113.

(3) قوله: (إلى) زيادة من (م).

(4) قوله: (أولا) ساقط من (م).

(5) في (ر2): (يتبين).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 187.

(7) في (ر2): (ذهبا).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 220.

(9) في (ح): (يسر).

(10) في (م) و(ح): (من).

(11) في (ر2): (أباحها).

المستعير لها لذلك)][1].

وقول سحنون فيها: [(لأنه حمل على دابة[2] رجل بغير أمره، وبغير وكالة من المستعير)][3].

قال ابن لبابة: وقد أدخل لفظاً يوجب[4] ألا تكون هذه إرادته، وهو قوله في السؤال: **أو لغير تجارتها**، كأنه يقول: استعارها لنفسه، فلم يفرق في الضمان بين المعنيين، وقد يمكن أن يكون سكت هنا عن الجواب، وجاوب عن الأول.

والمعنى الثاني: أن أسد بن الفرات إنما قدم بالأسدية من عند أهل العراق، ورأيهم تضمين[5] عارية الحيوان، فسأل ابن القاسم – على رأي من يرى ذلك وحكم به على المستعير – هل يلزم شريكه منه شيء أم لا؟

وقد قيل: إن قاضي مصر حينئذ كان يرى رأي أهل العراق.

وقول غيره في هبة أحد الشريكين: [(لا يجوز أن يعطي شيئاً من المال لا من حصته ولا من غير ذلك)][6] إلى آخر المسألة[7].

ثابت عند ابن وضاح وابن هلال، وعند ابن عتاب، وفي كثير من الروايات،

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 400، و(العلمية): 3/ 624، و(السعادة/ صادر): 12/ 79، و(تهذيب البراذعي): 3/ 568 .

(2) في (ر2): (دابته).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 399، و(العلمية): 3/ 624، و(السعادة/ صادر): 12/ 79.

(4) في (ر2): (فوجب).

(5) في (ر2): (يضمن).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 400، و(العلمية) 3:/ 624، و(السعادة/ صادر): 12/ 79.

(7) قوله: (إلى آخر المسألة) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وسقطت في بعضها[1]، وثبتت في كتاب ابن المرابط لابن باز، وسقطت عنده لابن هلال، ولابن أبي عقبة.

قال ابن باز: أمر سحنون بطرحها في العرضة الأخيرة[2].

وقوله في باب الشريكين بالمال، يضع[3] أحدهما من كلام غيره: [(ألا ترى أن صاحب المائة التي اشترى بها يقول لم أرضَ أن يكون له معي[4] نصيب في مالي[5]، فإذا كان ولم[6] ينعقد لي[7] في ماله شركة [174/ ب] فلا شيء له في مالي)][8].

كذا في أصول شيوخنا مصلحاً، وهي رواية ابن وضاح.

قال سحنون: هذا هو الصواب.

وعند بعض الرواة: فإذا لم يكن[9] ولم ينعقد[10] وهو خطأ.

وتأمل في باب المتفاوضين، يبضع[11] أحدهما أو يقارض قول غيره: [(إن الرجل إذا قال للرجل: نصف ما أربح في هذه السلعة لك فطلع فيها ربح، فله

---

(1) في (ر2): (غيرها).

(2) قوله: (بطرحها العتبية الآخرة) يقابله في (ر2): (بطرحه العتبية الآخرة).

(3) في (ر2): (يصنع).

(4) في (ر2): (مع).

(5) في (ر2): (ماله).

(6) في (ر2): (وإذ لم).

(7) قوله: (لي) ساقط من (ر2).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 382، و(العلمية): 3/ 615، و(السعادة/ صادر): 12/ 67.

(9) في (م): (تكن).

(10) في (م): (تنعقد).

(11) في (ر2): (فيضع).

أن يقوم عليه فيأخذه ما لم يمت أو يفلس أو يوهب[1])][2].

كتبت عن بعض شيوخي أنه يقوم من هذا أنه من التزم نفقة فلان مدة أن ذلك[3] يلزمه ما لم يمرض أو يفلس.

وقوله في باب المتفاوضين يبيعان السلعة من تجارتهما إلى أجل ثم يفترقان فيقضي أحدهما المشتري، وقال غيره: [(إن كان الوكيل قد علم بأنه[4] قد فسخ أمره، فاقتضى بعد ذلك والذي قضاه يعلم أو لا يعلم، فإنه ضامن[5])][6]؛ كذا في كتاب ابن عتاب وعنده خارجاً، رد سحنون الوكيل غارماً[7]، وعند غيره: الغريم غارم[8]، وكذا في كتاب ابن سهل، وانظر هذه مع مسألة الوكالات.

وقوله فيما [(صنعه[9] أحد الشريكين من المعروف: لا يجوز له أن يصنعه في مال شريكه، زاد[10] في بعض الروايات وهو يجوز عليه من ذلك قدر[11]

---

(1) في (ر2): (يتهب)، وفي (ح): (يذهب).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 397، و(العلمية): 3/ 623، و(السعادة/ صادر): 12/ 78، و(تهذيب البراذعي): 3/ 567.

(3) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (فإنه).

(5) في (ر2): (يضمن).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 403، و(العلمية): 3/ 626، و(السعادة/ صادر): 12/ 82.

(7) قوله: (غارما) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة (زايد):8/ 403، و(العلمية) :3/ 626، و(السعادة/ صادر): 12/ 82.

(9) قوله: (فيما صنعه) يقابله في (ر2): (فما صنع).

(10) في (ح): (أي).

(11) في (ر2): (وقدر).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

حصته)][1]، وضرب عليه في كتاب ابن وضاح، وقال: طرحه سحنون، وقال[2] صح لابن أبي[3] عقبة وبعض الروايات.

وقوله: [(لو أن شريكين[4] في دار أو متاع أو غيره أقر[5] أحدهما لأجنبي بنصف ذلك، قال: يحلف المقر له مع إقراره، ويستحق حقه)][6].

قال أحمد بن خالد: هذا في غير المتفاوضين، وإنما هو في شيء بعينه.

قال القاضي رحمه الله: ومذهب ابن القاسم أن إقرار المفاوض لازم، إلا لمن يتهم عليه، قال محمد بن سحنون: وكذلك إن اشتركا في نوع شركة عنان فإقرار أحدهما لازم[7] لهما[8]، يريد -والله أعلم- فيما يتعلق بشركتهما ومعاملتهما في ذلك النوع[9]، فأما في شيء بعينه فالمقر كالشاهد[10]، وبالله التوفيق.

تم كتاب الشركة بحمد الله، يتلوه كتاب الرواحل والدواب إن شاء الله تعالى.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 392، و(العلمية): 3/ 620، و(السعادة/ صادر): 12/ 74، و(تهذيب البراذعي): 3/ 565.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ر2).

(3) قوله: (أبي) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (لو أن شريكين) ساقط من (م).

(5) في (ر2): (أقرا).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 405 و406، و(العلمية): 3/ 627، و(السعادة/ صادر): 12/ 84، و(تهذيب البراذعي): 3/ 572.

(7) قوله: (إلا لمن يتهم ... أحدهما لازم) ساقط من (م).

(8) انظر:النوادر والزيادات: 9/ 314 .

(9) في (ر2): (الشرع).

(10) في (ر2): (كشاهد).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الرواحل والدواب

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الرواحل والدواب

الراحلة: هي الناقة المعدة للركوب والمذللة[1] له، وتستعمل[2] في ذكور الإبل، وإناثها، وأصلها من الرحل الموضوع[3] عليها، وهي الرحالة - أيضاً - بكسر الراء، وهو مركب شبيه الشد[4] للنعال، ويسمى السرج - أيضاً - رحلا[5]، تشبيها به.

وقوله: [(إن استأجرت أجيرا بثوب بعينه المسألة - إلى قوله - وإن لم يكن كراء الناس عندهم على النقد لم يصلح هذا الكراء إلا أن يكون الثوب نقدا)][6]؛ معناه باشتراط في أصل العقد، وكذلك قوله بعد هذا في[7] الذي أكرى إلى مكة[8] بدراهم بأعيانها والكراء عندهم على غير النقد: [(لا خير في ذلك، إلا أن يعجلها)][9]؛ أي يشترط ذلك، ويبينه قوله بعد هذا: [(إلا أن يكون الكراء، وقع بالنقد فلا بأس به[10])][11] وهذا على أصل

---

(1) في (م): (المذللة).

(2) في (ر2): (ويستعمل).

(3) في (ر2): (الموضع).

(4) قوله: (شبيه الشد) يقابله في (ر2): (أشبهه السير).

(5) في (ر2): (رجلا).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 132، و(العلمية): 3/ 475، و(السعادة/ صادر): 11/ 466، و(تهذيب البراذعي): 3/ 437.

(7) قوله: (هذا في) يقابله في (ر2): (أي).

(8) في (ر2): (الذمة).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 133، و(العلمية): 3/ 475، و(السعادة/ صادر): 11/ 467، و(تهذيب البراذعي): 3/ 437.

(10) قوله: (به) ساقط من (ر2).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 133، و(العلمية): 3/ 475، و(السعادة/ صادر): 11/ 466، =

قول[1] ابن القاسم أن هذا الباب في السكوت[2] عنه على الفساد، حتى يقع التصريح[3] بالحلال، وعند ابن حبيب في هذه المسألة والباب كله أنه[4] على الصحة حتى يقع التصريح بالفساد[5].

وقوله في مسألة: [(إن لم تأت بالثمن إلى وقت[6]، كذا فلا بيع بيني وبينك البيع لازم والشرط باطل)][7]، ويجبر على النقد.

قال ابن لبابة وغيره[8]: معناه إلى الأجل المشترط يأخذها[9] له ولا يعجل عنه[10].

وقوله آخر المسألة: [(وقد يحب المكتري أن ينتفع بها اليوم واليومين تؤخر سلعته في يده[11]، ليركب أو يحضر حمولته فتكون[12] وثيقة)][13] ضرب في =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 437.

(1) قوله: (قول) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (المسكوت).

(3) في (م) و(ح): (التصريح عنه).

(4) قوله: (أنه) يقابله في (م) و(ح): (إنما هو).

(5) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 554.

(6) قوله: (وقت) ساقط من (ر2).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 136، و(العلمية): 3/ 477، و(السعادة/ صادر): 11/ 469، و(تهذيب البراذعي): 3/ 439.

(8) قوله: (وغيره) ساقط من (م).

(9) في (ر2): (فأخذها).

(10) في (م): (عليه).

(11) في (ر2): (يديه).

(12) في (ر2): (فيكون).

(13) انظر: المدونة (زايد): 8/ 136، و(العلمية): 3/ 477، و(السعادة/ صادر): 11/ 469، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الأصول من قوله ليركب[1] إلى آخر الكلام وثبت في بعضها، ولم يكن في كتاب ابن عتاب، وخرجه.

وقال فضل: كذا هو محوق[2] في كتاب سعدون[3]، وذكر أن سحنون أصلحه، وخط عليه، وذلك - والله أعلم - لاختلال نظم الكلام فتأمله.

وقوله في اشتراط نفقة المستأجر: [(فلو اشترط الكسوة فلا بأس به)][4]؛ معناه كسوة مثله أو كسوة كذا أو فهم من[5] قوله[6]: الكسوة كسوة معهودة، وإلا فلو اشترط كسوة في إجارته أجملها، ولم يعرفها[7] بصفة ولا عرف ولا تعيين لم يجز.

وقوله: [(فيمن تكارى دابة ولم يسم ما يحمل عليها الكراء فاسد)][8]، إلا أن يكون قوم عرفوا ما يحملون فإذا عرفوا الحمولة بينهم لزمهم على ما عرفوا، وقال غيره: [(إن كان سمى طعاماً أو بزاً، جاز وإن قال: احمل عليها ما شئت لم يجز[9].

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 439.

(1) في (م): (ليحضر).

(2) في (ر2): (سحنون).

(3) في (ر2): (ابن سعدون).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 139، و(العلمية): 3/ 479، و(السعادة/ صادر): 11/ 471، و(تهذيب البراذعي): 3/ 441.

(5) قوله: (من) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (بقوله).

(7) في (ر2) و(ح): (يعرفاها).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472، و(تهذيب البراذعي): 3/ 444.

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472،

=

قال القاضي رحمه الله: اختلف التأويل في هذا، هل هو وفاق؟ أو خلاف؟ فحمله بعض القرويين على الخلاف، وأن معنى قوله عرفوا ما يحملون؛ أي قدره، وحملها الأندلسيون على الوفاق؛ أي عرفوا جنسه، ونوع ما يحملون من التجارة، فلا يضرهم جهل مقداره.

وإليه ذهب فضل وهو ظاهر الكتاب، [175/ أ] أنه متى كان للجنس عرف لم تبال عن التقدير، وحملت الدابة حمل مثلها، وقد قاله في الباب قبل هذا في مكتري الدواب من رجل ليحمل عليها مائة أردب، ولم يسم ما تحمل كل دابة قال: [(ذلك جائز ويحمل على[1] كل دابة بقدر ما تقوى، إذا كانت لرجل واحد)][2]، وكذلك يدل قوله في مسألة [(زوامل[3] الحاج)][4].

وقوله: [(إن تكاريت دابة من رجل على أن يبلغني موضع كذا إلى أجل كذا، وإلا فلا كراء له قال: لا خير فيه)][5]؛ لأنه شرط لا يدري ما يكون فيه من الكراء؛ لأن هذا غرر لا يدري أيتم له[6] أم لا فلا يكون له من الكراء شيء.

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 442.

(1) قوله: (على) ساقط من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 139 و140، و(العلمية): 3/ 479، و(السعادة/ صادر): 11/ 471، و(تهذيب البراذعي): 3/ 441.

(3) في (ر2): (روامل).

(4) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 182، و(العلمية):3/ 505، و(السعادة/ صادر):11/ 499، و(تهذيب البراذعي): 3/ 466.

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472، و(تهذيب البراذعي): 3/ 444.

(6) قوله: (له) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال القاضي رحمه الله: أشار بعضهم أن وجه فساده[1] أنها من مدتين في مدة، وشرطين في بيع[2]، وعارضوها[3] بما في باب فسخ الكراء بعده من إجازته [(استئجار[4] الثور ليطحن كل يوم إردبين بدرهم)][5]، وفي الباب الآخر في النقد في الكراء[6]، وظاهر المسألتين جوازهما[7] ابتداء.

وقد اعترض مسألة الثور يحيى بن عمر، وأنكرها، وقال: هذا من مدتين في مدة، وقال: إنما استسهل هذا مالك؛ لقلته فالقولان قائمان في هذه المسألة من المدونة من هاتين المسألتين والخلاف فيهما معلوم في العتبية عن مالك وأصحابه والمشهور، والأكثر أنه لا يجوز[8]، وهذا كله فيما يمكن غالباً أن يتمه ويعمله في الأجل.

وقد وقع له في الخياط إن علم أنه إن اجتهد في ذلك فرغ منه؛ يعني في يومه جاز، ولو كان هذا الذي استأجره عليه مما لا يعلم، هل يتم في الأجل أم لا؟ لم يجز، قولاً واحداً؛ لأنه غرر.

---

(1) في (ر2): (إفسادها).

(2) في (ر2): (بيع شرط).

(3) في (ر2): (وعارضها).

(4) في (ر2): (استجارة).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 145، و(العلمية):3/ 483، و(السعادة/ صادر): 11/ 475، و(تهذيب البراذعي): 3/ 445.

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 156، و(العلمية): 3/ 490، و(السعادة/ صادر): 11/ 482، و(تهذيب البراذعي): 3/ 451.

(7) في (ر2): (وجوازها).

(8) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 459.

وكذلك اختلف إذا ضرب[1] الأجل بعد تمام العقد، فقال له: إن أكملت هذا الثوب اليوم زدتك كذا فاستخفه مالك[2] مرة[3]، وقاله غيره.

وقال ابن القاسم: لا خير فيه[4].

وقوله: [(إذا اكترى دابة ليحمل عليها حمل مثلها مما شاء لا خير فيه؛ لأن من الحمولة ما هو أضر بالدواب)][5] إلى آخر المسألة.

ثم قال: [(وكذلك الحوانيت والدور)][6].

ثم قال: [(لأن رب الدابة والحوانيت باعوا من منافع ذلك ما لا يدرون؛لاختلاف ذلك، ولأنه خارج عن أكرية الناس)][7].

وقال في كتاب أكرية الدور: [(إذا اكترى حانوتاً ولم يسم ما يعمل فيه جاز)][8].

---

(1) في (ر2): (إذا كان ضرب).

(2) في (ر2): (لك).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 8/ 438، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 41.

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 38، و(العلمية): 3/ 419، و(السعادة/ صادر): 11/ 408، و(تهذيب البراذعي): 3/ 346.

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472، و(تهذيب البراذعي): 3/ 442.

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472، و(تهذيب البراذعي): 3/ 442.

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 142، و(العلمية): 3/ 481، و(السعادة/ صادر): 11/ 473، و(تهذيب البراذعي): 3/ 443.

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 221، و(العلمية):3/ 528، و(السعادة/ صادر): 11/ 523، و(تهذيب البراذعي):3/ 476.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال بعض شيوخنا الأندلسيين: هذا أصل مختلف فيه، أجازه هنا، ولم يجزه في الأخرى.

قال القاضي رحمه الله: والصواب أنه وفاق وأن ترجع إجازته[1]؛ لما تقدم من عرف الناس فيما[2] يعمل فيه، وفي تلك السوق، كما قال في مسألة الدابة، قبل: الكراء فاسد[3] [(إلا أن يكون قوم عرفوا ما يحملون)][4].

وقوله في هذه المسألة: [(وكل ما اختلف فيه[5] حتى تباعد[6] ذلك تباعدا بينا فلا خير فيه؛ لأن من[7] ذلك ما هو أضر بالجدار، ومنه[8] ما لا يضر)][9] مثل[10] أن يكون الحانوت في سوق معلوم بما يباع فيه فما[11] عمل فيه من ذلك وما يقرب منه جاز، وإن لم يسم ما يعمل فيه، ولو أراد أن يعمل صناعة الحدادين والصباغين في حانوت من حوانيت سوق البز أو العطر لمنع[12]؛ إذ

---

(1) في (ر2): (إجارته).

(2) في (ر2): (مما).

(3) في (ر2): (فاسدا).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472، و(تهذيب البراذعي): 3/ 442:.

(5) قوله: (فيه) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (يتباعد).

(7) قوله: (من) ساقط من (ر2).

(8) قوله: (بالجدار، ومنه) يقابله في (ر2): (بالجد، ومنها).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 141، و(العلمية): 3/ 480، و(السعادة/ صادر): 11/ 472 و473، و(تهذيب البراذعي): 3/ 443.

(10) في (ر2): (ومثل).

(11) في (ر2): (فيما).

(12) في (ر2): (يمنع).

ليس هذا هو[1] عرف كرائه، ولما[2] فيه من المضرة الظاهرة الزائدة على ما يكرى له في العادة، ولأن قوله في الكتاب: واشترط أن يعمل فيه ما شاء، يوجب شرطه له أن يعمل فيه[3] ما تباعد، وهذا يدخله الغرر فلذلك لم يجزه هنا، وليس في مسألة أكرية الدور هذا الشرط.

ولوبية[4] بضم اللام، وكسر الباء بواحدة، وبعدها ياء باثنين[5] تحتها[6] موضع[7].

وكذلك مرافية، وهي بفتح الميم والراء والياء باثنتين تحتها وتخفيفها[8].

وشمر[9] بن نمير: بكسر الشين.

[(والزاملة[10])][11]: ما يحمل فيه[12] مثل الأخراج وشبهها ويشد[13] على الدواب ونحو منها الراحلة.

---

(1) قوله: (هو) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (كرائه ولما) يقابله في (ر2): (كراهية لما).

(3) قوله: (فيه) ساقط من (ر2).

(4) في (ر2): (لوبية).

(5) في (ر2): (اثنتين).

(6) في (م): (تحتها تخفيفها).

(7) قوله: (موضع) ساقط من (م).

(8) قوله: (وكذلك موافية ... وتخفيفها) ساقط من (م).

(9) قوله: (سمر) ساقط من (م).

(10) في (ر2): (وإلزامه).

(11) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 153، و(العلمية): 3/ 487، و(السعادة/ صادر): 11/ 480، و(تهذيب البراذعي): 3/ 448.

(12) في (ر2) و(ح): (في).

(13) في (ر2): (وتشهد).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وأيلة - بفتح الهمزة وسكون الياء باثنتين[1] تحتها - مدينة بالشام، وكذا[2] فلسطين بكسر الفاء.

والعريش - بفتح العين - موضع.

والتهاتر معناه: التكاذب، وبحدثان ذلك - بكسر الحاء - أي بقرب حدوثه[3]، ولا يقال بفتح الحاء والدال.

وفي رأسه اعتزام[4] - بالزاي[5] - أي قوة وحدة.

وجمح به الفرس؛ أي زاد على ما أراد من جريه بغير اختياره، وركب رأسه.

ومد النواتية وخرقهم بتشديد الياء، وضم الخاء والقاف؛ أي من عنفهم وإسرافهم فيما فعلوه بالسفينة.

والخرق، ضد القصد[6]، يقال: منه خرق يخرق، وأعنتها: أهلكها.

---

(1) في (م) و(ح): (باثنين).

(2) في (ر2): (وكذلك).

(3) قوله: (بقرب حدوثه) يقابله في (ر2): (قرية محدوثة).

(4) في (ر2): (اعترام).

(5) في (ر2): (بالراء).

(6) ففي القول السابق يوضح عياض معنى لفظة (الخرق) بذكر ضدها، وهو (القصد)، وقد اختلف في ذلك مع كثير من اللغويين، كابن فارس، والجوهري وغيرهم، يقول الجوهري: «والخرق - أيضا -: مصدر الأخرق، وهو ضد الرفيق»، ويقول ابن سيده: «والخُرْقُ والخُرُقُ: نقيض الرفق».

انظر: معجم مقاييس اللغة: 2/ 172، و الصحاح: 4/ 1468، والمحكم والمحيط الأعظم: 4/ 533، والمغرب في ترتيب المعرب: 1/ 252، ولسان العرب: 10/ 73.

والزوايا[1]: الزقاق الكبار.

والفادح من الرجال والأحمال العظام الثقال التي تهلك الدواب.

والشام أجناد[2] بالنون والجيم جمع جند، سمي بذلك كل حيز وإقليم منها؛ لكون من في كل حيز جنداً، وعسكراً متميزاً في الديوان أول الإسلام، ورواه الأجدابي أحياد، بالياء باثنتين[3] تحتها والحاء[4] المهملة، وهو خطأ لا معنى له، وكونها بالجيم أشهر من أن يبين في المعنى والاستعمال على ألسن السلف والخلف.

وقوله في اعتلال الدابة: [(إذا قال ربها: أنا أريد بيعها إذا صارت لا تحمل، وقال المكتري: [175/ ب] أنا أقيم عليها حتى تبرأ، ثم قال: إذا كان مرضاً لا يرجى برؤه إلا[5] بعد زمان، وتطاول[6] أمرها مما يكون في إقامته عليه ضرر على صاحبها فلا يصلح الضرر)][7].

قال بعضهم: فيه حجة على جواز بيع المريض، وقد يحتمل أن هذا المرض[8] ليس مما يخشى منه الموت، ولكن مما يمنع السير مدة، كرهصة وشبكة ونحوها مما لا يخاف منه الموت على[9] الدابة أو تكون هذه الدابة بعيراً مما بياع

(1) في (ر2): (والدوايا).

(2) في (ر2): (أجنا).

(3) في (م) و(ح): (باثنين).

(4) في (ر2): (الحاء).

(5) في (ر2): (وإلا).

(6) في (ر2): (ويتطاول).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 147، و(العلمية): 3/ 483، و(السعادة/ صادر): 11/ 476، و(تهذيب البراذعي): 3/ 445.

(8) في (ر2): (المريض).

(9) قوله: (منه الموت على) يقابله في (ر2): (موت).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لينحر ويؤكل، ومرضه مما لا يتقى لذلك[1].

وقوله في الحاج: [(ليسوا كغيرهم لم يزل الحاج تكون له[2] الزيادة من السفر والأطعمة لا ينظر في ذلك ولا يعرف المكاري ما حمل فلا ضمان عليهم وذلك إذا كان المكري حمله ورآه[3])][4].

وقوله: [(أولا لا[5] يعلم ما حمل؛ أي جنسه، ومقداره، وتحقيق وزنه)][6]، ولكنه رأى تلك الزيادات وكثرتها ولم ينكرها.

وقوله في مكتري الدابة: [(ليوم فحبسها أكثر إن كان كراء ما حبسها على حساب كراء اليوم الذي اكتراها[7] له أو[8] أقل، كان لرب الدابة على حساب الكراء الأول)][9]؛ كذا روايتنا ورواية الكافة، وكان عند يحيى بن عمر: أكثر فأصلحه أقل.

---

(1) في (ر2): (من ذلك).

(2) في (ر2): (لهم).

(3) في (ر2): (وراءه).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 150 و151، و(العلمية): 3/ 486، و(السعادة/ صادر): 11/ 478، و(تهذيب البراذعي): 3/ 448.

(5) قوله: (لا) ساقط من (ر2).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 150، و(السعادة/ صادر): 11/ 478، و(تهذيب البراذعي): 3/ 448.

(7) في (ر2): (أكراها).

(8) قوله: (أو) زيادة من (م).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 153، و(العلمية): 3/ 487، و(السعادة/ صادر): 11/ 479، و(تهذيب البراذعي): 3/ 448.

وقوله في: [(الدهن[1] قيمته بالعريش)][2]؛ معناه لم يعرف وزنه أو كيله إن كان بيعه بأحدهما[3].

وقوله في الأكرية[4] في غير الطعام إذا حبسوه إلا أن يغيبوا بذلك ويحوزوه عن أصحابه فيكون بمنزلة الرهن فهم ضامنون[5]، معناه إذا ضاع بعد البلاغ ولم يضع في الطريق إذ لا يجب عليهم في الطريق ضمان؛ لأنهم هناك فيه مؤتمنون، وإن[6] كانوا أخذوا لذلك أجرا.

وقول غيره في هذه المسألة ليس المعين كالمضمون، اختلف في معناه، وفي ماذا يختلف، وفي أي وجه يتحالفان[7]؟

فقال ابن أبي زمنين: معناه أنهما يتحالفان، ويتفاسخان في بقية المسافة، إذا كان في راحلة بعينها[8]، ككراء الدور.

وقال عبد الحق: يريد أنهما يتحالفان ويتفاسخان[9] في المضمون، بخلاف

---

(1) في (ر2): (الرهب).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 171 و172، و(العلمية): 3/ 499، و(السعادة/ صادر): 11/ 492، و(تهذيب البراذعي): 3/ 463.

(3) في (ر2): (بأحدها).

(4) في (ر2): (الأكرياء).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 177، و(العلمية): 3/ 503، و(السعادة/ صادر): 11/ 496.

(6) في (ر2): (فإن).

(7) في (ر2): (يتحالف).

(8) انظر: منتخب الأحكام، لابن زمنين: 2/ 922.

(9) قوله: (يتحالفان و) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

المعين، وعند ابن القاسم لا يتفاسخان فيهما، ويبلغان المسافة التي اتفقا[1] عليها، وسنة المضمون إذا قبض كالمعين.

قالوا: ولو كانت المضمونة قد هلكت لاتفق جواب ابن القاسم عليها[2] وغيره أنهما يتفاسخان إذا لم يحز المكتري شيئا في يديه فيصدق[3] من أجله فهو مدع[4].

وظاهر ما ذهب إليه حمديس في اختصاره للمسألة، إنما[5] هو في التفليس الذي تكلم فيه من فصول المسألة فقال: [(ومن تكارى إلى مكة فحمله الحمال[6] على بعير من إبله فليس له نزعه من تحته[7] إلا بإذنه، سواء كان في راحلة بعينها أو في مضمون، فإن فلس الجمال[8] فكل واحد من هؤلاء أحق بما تحته من الغرماء، ومن أصحابه حتى يستوفي حقه، وإن كان مضموناً؛ لأنه لما أعطاه البعير فركبه فكأن كراءه وقع عليه)][9].

---

(1) في (م) و(ح): (اتفق).

(2) قوله: (عليها) زيادة من (ر2).

(3) في (ر2): (فيصدق عليه).

(4) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 119، ونصه: (وشبه المضمون إذا قبض كالمعين).

(5) قوله: (إنما) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (الجمال).

(7) قوله: (من تحته) ساقط من (م).

(8) في (م): (الحمال).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 163، و(العلمية): 3/ 493 و394، و(السعادة/ صادر): 11/ 486، و(تهذيب البراذعي): 3/ 437.

وقال غيره: ليس المضمون مثل الراحلة[1] بعينها، فظاهر كلامه أن الخلاف إنما هو في هذا الأصل، وإلى هذا كان يذهب القاضي بن سهل في تأويل كلام حمديس، وهو مذهب ابن المَوَّاز، وأنكر كلام ابن القاسم، وقال: إنما يجب[2] أن يكون أحق بها إذا كانت معينة، قبضوها أو لم يقبضوها[3].

وتأمل قوله: [(وكل واحد من هؤلاء أحق بما تحته من الغرماء، ومن أصحابه، حتى يستوفي حقه)][4]، فمعناه في المضمون وأنه إنما هو أحق به مادام تحته - وحينئذ - ليس للمكري[5] أن يبدلها له، وإن كان الجمال[6] يديرها عليهم في الحمل والركوب فكل واحد أولى بما تحته، وفي يديه، وتحت حمله، كما قال في كتاب محمد، وهذا يدلك أنه أولى به مادام في يديه في المضمون.

قال بعض الشيوخ: ولو كان تسليم ذلك ليستوفي ركوبه منه لا يبدل له ذلك، إلا أن تموت الدابة أو يأتي ما يمنع ركوبها، كان أحق به في الموت والفلس والقول قوله في الاختلاف وإلى هذا أشار اللخميّ[7].

وأما المعين فهو أحق به قبض أو لم يقبض، ركب أو لم يركب كمشتري

---

(1) قوله: (مثل الراحلة) يقابله في (ر2): (كالراحلة).

(2) في (م): (يجب).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 76، والمقدمات الممهدات: 1/ 452.

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 163، و(العلمية): 3/ 494، و(السعادة/ صادر): 11/ 486، و(تهذيب البراذعي): 3/ 470.

(5) في (ر2): (للكراء).

(6) في (م): (الحمال).

(7) انظر: التبصرة، ص: 5188.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

السلعة يفلس صاحبها قبل القبض، كذا قال في كتاب محمد: ومعنى مسألة العتبية إذا أراد الجمال أن يدير بينهم الإبل[1] لم يكن ذلك[2] إلا عن رضى منهم[3] لعله بعد ركوبه، وإن ذلك من حقه حتى ينزل أو يكون فيما دفعه على التسليم، واستيفاء الحق، كما تقدم.

ولو نزل عنها ثم سرحت في المرعى[4]، فلابن القاسم في العتبية: المكتري الذي نزل عنها أحق بها[5].

وقوله في هذه المسألة: [(القول قول المكتري[6] إذا أتى بما يشبه خرج منه بعضهم مراعاة الأشبه في تداعي المتبايعين في القيام)][7]، ورد غيره هذا بأن المسألة فيها - هنا[8] - فوات، وهو المسير من السفر ما فيه ضرر ففيه فوات، وإنما مراعاة الأشبه بعد الفوات، وأما قبل فلا يراعيه ابن القاسم[9]، وراعاه[10] ابن الماجشون وابن وهب وابن [176/ أ] حبيب، ويخرج[11] من

---

(1) قوله: (الإبل) ساقط من (ر2).

(2) في (م): (ذلك لهم).

(3) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 100.

(4) في (ر2): (الرعى).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 10/ 478 و479.

(6) في (ر2): (المتكاري).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 162، و(العلمية): 3/ 493، و(السعادة/ صادر): 11/ 486، و(تهذيب البراذعي): 3/ 445

(8) قوله: (فوات) ساقط من (م).

(9) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 445.

(10) في (ر2): (ورعاه).

(11) في (ر2): (فخرج).

كتاب الدور والأرضين من قول غيره، إذا اختلفا بعد النقد فالقول قول المكتري[1] مع[2] يمينه[3]، إذا كان يشبه ما قال الآخر[4]، وقد يقال في هذا - أيضاً - أنه فائت لمغيبه على النقد والله أعلم.

تم كتاب الرواحل والدواب بحمد الله ويمنه.

(1) في (ر2): (المكرى).

(2) في (ر2): (مع قوله).

(3) قوله: (يمينه) زيادة من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 245، و(العلمية): 3/ 544، و(السعادة/ صادر): 11/ 539.

كتاب كراء الدور والأرضين

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب كراء الدور والأرضين

قوله: [(أكريت بياضا وفيه سواد)][1]؛ السواد: هو ما فيه ثمار لظهوره أسود على بعد، بخلاف ما لا ثمرة فيه فيظهر فارغاً فعبر عنه بالبياض للون الأرض، وقد سميت[2] الخضرة بالسواد والسواد بالخضرة، وسواد العراق من هذا، وكذلك يقال للشخص سواد.

وردف الشيء - بكسر الراء - تابعه وردف: تبع.

والمرمة[3] - بفتح الميم - البناء والصلاح.

وشرفات الدار بضمهما.

وقوله: [(من الغرر أن تباع كل أرض[4] ذات أصل بشطر[5] ما يخرج منها)][6]؛ معنى[7] يباع - هنا[8] - يكرى ويساقى[9].

وقوله: [(إذا اكترى دارا وفيها نخل يسيرة إنما يجوز أن تكون الثمرة تبعا للدار، وتلغى)][10]، ووقع في بعض الروايات لابن وضاح: أو تلغى وكذا في

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 196، و(العلمية): 3/ 513، و(السعادة/ صادر): 11/ 507، و(تهذيب البراذعي): 3/ 473.

(2) في (ر2): (تسمى).

(3) في (ر2): (والمرمرة).

(4) قوله: (أرض) ساقط من (ر2).

(5) في (ر2): (بشرط).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 280، و(العلمية): 3/ 562، و(السعادة/ صادر): 12/ 3.

(7) في (ر2): (معنى ما).

(8) قوله: (هنا) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (أو يساقى).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 195، و(العلمية): 3/ 512، و(السعادة/ صادر): 11/ 506،

كتاب ابن المرابط.

والصحيح: الرواية الأولى إلا أن يتأول: أن تلغى من الكراء وتترك لرب الدار، فتصح على هذا.

وقوله بعد في المسألة: [(وقد زاد رب الدار في الكراء لأجل ما اشترط)][1]؛ كذا لابن وضاح، ولابن باز فقد زادت الدار.

مسألة كناسة المراحيض: وقع في الكتاب فيها إشكال:

منها: قوله أولا: [(إذا اشترط ذلك على رب الدار لا بأس ثم قال بعد هذا: مرمة الدار، وكنس الكنيف، وإصلاح ما وهى من الجدران والبيوت على رب الدار)][2].

قالوا: وإذا كان عليه، فلم يحتج[3] إلى الشرط؟

فقيل: هو خلاف من قوله: وذلك فيما حدث بعد الكراء والسكنى فمرة رأى ذلك على رب الدار، كما نص عليه غيره في الباب الثاني[4]؛ لأن عليه إخلاء ما أكرى حتى يتوصل المكتري إلى الانتفاع به.

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 471.

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 196، و(العلمية): 3/ 513، و(السعادة/ صادر): 11/ 507، و(تهذيب البراذعي): 3/ 471.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 199، و(العلمية): 3/ 514، و(السعادة/ صادر): 11/ 509، و(تهذيب البراذعي): 3/ 473.

(3) في (م) و(ح): (يحتاج).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 217، 218، ونصه: (وقال غيره: التطين وكنس المراحيض مما يلزم رب الدار)، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521 ونصها: (قال سحنون: التطين وكنس المراحيض مما يلزم رب الدار).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ورآه مرة على المكتري، حتى يشترطه على رب الدار؛ لأنه هو الذي أحدثه في الدار، ومثله في رواية أبي زيد، قال: إلا الفنادق، فإنها على ربها[1].

وقيل: ليس بخلاف، ولعله في اشتراطه على رب الدار فيما حدث، بدليل قوله بعد: وغسل الحمامات، وإلزامه رب الدار فيما كان فيها قبل الكراء، قالوا: والأشبه أن ما حدث عند المكتري فعليه، إلا أن يكون عرف كما جاء في عرف الفنادق.

وقوله في إصلاح ما: [(وهي على رب الدار؛ أي يلزمه، ولكن لا يجبر عليه)][2]، وهذا مثل قوله في: [(التطيين)][3] في باب فسخ الكراء، إذا أهطل[4] البيت.

قال: [(إن طينه رب الدار لزم الكراء، وإن أبى كان لك أن تخرج)][5].

وقيل: لعله فيما خف، كما قال سحنون فيكون موافقا لقول غيره في مسألة الطر أنه مما يلزم رب الدار، ويجبر عليه، وقد وقع في بعض النسخ في قول غيره التطيين مكان الطر.

وظاهر قول غيره أنه يجبر عليه، وعلى هذا نقلوه، وجاء مفسراً في كتاب يحيى بن إسحاق عن أَشْهَب: يلزم رب الدار إذا أكراها الطر وكنس

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 145.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 217، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521، و(تهذيب البراذعي): 3/ 481.

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 217، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521، و(تهذيب البراذعي): 3/ 481.

(4) في (ر2): (إذ عطل).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 217، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521، و(تهذيب البراذعي): 3/ 481.

المراحيض[1] وسد الكوى، إذا أحدثت في الأقبية وإصلاح السقوف والعساكر ومرمة[2] الميازيب ومصب المياه وإقامة العلو من السفل وإصلاح[3] ظهور البيوت وبطونها وتنقية مسروب[4] الماء، وكل[5] ما يحتاج المكتري إليه.

وقطع الهطل عنه حق من حقوق المتكاري ليس له ضرر ولا أذية.

وقال أصبغ: لا يلزمه شيء من ذلك بالجبر، فإن شاء أصلح، وإن شاء[6] فسخ[7] الكراء.

وقال سحنون: يجبر على إصلاح الدار وتطرير البيوت، ولسحنون - أيضاً - في غير المبسوطة: ما كان فيه ضرر قليل لزمه إصلاحه دون الكثير فيأتي على التأويل الآخر أن ابن القاسم يوافق على ذلك غيره فيما خف من الإصلاح والطر، ولكن على ما فسره أَشْهَب ليس هو تخفيف، إنما يأتي أن[8] عليه إصلاح كل ما يستضر به المتكارى[9]، وإنما يفسخ عنده الكراء ولا يلزم صاحبه عمله على هذا الهدم، وما لا يمكن السكنى معه جملة.

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 68.

(2) قوله: (الدار إذا أكراها ... وإصلاح السقوف والعساكر، و) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (من السفل، وإصلاح) يقابله في (ر2): (وإظهار).

(4) في (ر2): (سرو).

(5) في (ر2): (كل).

(6) قوله: (إن شاء) يقابله في (م): (وإلا).

(7) في (ر2): (فسد).

(8) قوله: (أن) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (المتكاري).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

مسألة [(كراء الدور مشاهرة ومساناة)][1]: لا خلاف إذا نص على تعيين الشهر أو السنة أو جاء بما يقوم مقام[2] التعيين أنه لازم لهما وذلك في خمس صور:

إذا قال هذه السنة أو هذا الشهر أو سنة كذا أو سمى العدد فيما[3] زاد على الواحد، فقال: سنتين أو ثلاثا أو ذكر الأجل، فقال: أكريك إلى شهر كذا أو [176/ ب] إلى سنة كذا أو نقده في شهر أو سنة أو أكثر أن ذلك كله لازم لهما المدة التي ذكراها لا خيار لواحد منهما، إذا لم يقارن عقدهما ما يفسده أو يحله[4].

واختلف في ثلاث صور: إذا قال: أكري منك سنة بدرهم أو شهراً بدرهم[5]، فحمل أكثرهم ظاهر الكتاب أنه مثل قوله في[6] هذه السنة[7] تلزمهما السنة أوالشهر، وهو بين من قوله: [(إن استأجرت دارا سنة)][8] أو سنتين، ذلك جائز وله أن يسكن، ويسكن من شاء.

قال القاضي رحمه الله: ولو كان لربه الخيار وإخراجه لم يتركه يسكن من

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 250، و(العلمية): 3/ 518، و(السعادة/ صادر): 11/ 512و513، و(تهذيب البراذعي): 3/ 476.

(2) في (ر2): (معلوم).

(3) في (ر2): (فما).

(4) في (م): (يخله).

(5) قوله: (أو شهرا بدرهم) ساقط من (م).

(6) في (ر2): (في).

(7) في (ر2): (المسألة).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 222، و(العلمية): 3/ 528، و(السعادة/ صادر): 11/ 523، و(تهذيب البراذعي): 3/ 475.

شاء[1]، ومن ذلك قوله: [(استأجرت دارا سنة بعد ما مضى عشرة أيام من هذا الشهر، قال: تحسب هذه الأيام، ثم أحد عشر شهرا[2])][3]، ثم تكمل مع الأيام التي بقيت من الشهر ثلاثين يوما.

وفي كتاب المدبر: [(إذا قال لعبده: اخدمني سنة، وأنت حر أو هذه السنة لسنة سماها فمرض حتى مضت السنة، فإنه حر)].

قال: [(وإنما سألت مالكا عن سنة غير مؤقتة[4]، ثم ذكر مسألة الذي أكرى[5] داره أو دابته أو غلامه، فقال: أكريها منك سنة، كانت السنة من أول يوم وقع الكراء، وكذلك إذا قال: هذه السنة بعينها)][6]، وهكذا له[7] في العتبية[8]، وفي تفسير يحيى، وكتاب ابن حبيب[9].

وذهب أبو صالح إلى أن قوله: أكري منك سنة لا يقتضي التعيين، وله الخروج، ولربه إخراجه متى شاء مثل قوله كل سنة، وإن ما وقع في الكتاب من هذا إنما معناه سنة معينة، وخالفه ابن لبابة وغيره في تأويل لفظ الكتاب

---

(1) قوله: (قال القاضي رحمه الله: ولو كان لربه الخيار ... من شاء) ساقط من (م).

(2) قوله: (قال: تحسب هذه الأيام، ثم أحد عشر ... الشهر) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 207، و(العلمية): 3/ 519، و(السعادة/ صادر): 11/ 514، و(تهذيب البراذعي): 3/ 477.

(4) في (ر2): (موقوفة).

(5) في (ر2): (اكترى).

(6) انظر: المدونة (زايد): 6/ 33، و(العلمية): 4/ 344، و(السعادة/ صادر): 8/ 313، و(تهذيب البراذعي): 2/ 550.

(7) في (ر2): (وكذلك).

(8) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 45 و46.

(9) في (ر2): (ابن يحيى). وانظر: البيان والتحصيل: 5/ 478.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

على ما تقدم.

الصورة الثانية: أن يقول: أكريك كل سنة بدرهم[1] أو كل شهر بدرهم، فمذهب المدونة والعتبية[2] أنه غير لازم، وفي كتاب ابن حبيب: يلزم أول شهر أو[3] أول سنة على أصله[4].

الصورة الثالثة: قوله أكريك السنة بدرهم، ففي العتبية هو مثل قوله كل سنة[5]، قالوا: وهذا هو[6] مذهب الكتاب، وفي كتاب ابن حبيب: يلزم أول سنة على أصله في كل سنة[7].

وقوله في: [(انهدام بعض الدار إن كان ما لا يضر بسكنى المتكاري لزمه أن يسكن، ولم ينقص شيئا ولا يخرج، فلا يوضع عنه لذلك شيء[8])][9].

زاد في بعض الروايات: [(إلا أن يكون كان له في ذلك سكنى، ومرفق[10] فيوضع عنه من الكراء بقدره)][11]، ثبتت هذه الزيادة عندي لابن وضاح من

---

(1) قوله: (بدرهم) ساقط من (م).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 44 و45.

(3) في (م): (و).

(4) قوله: (على أصله) زيادة من (ر2).
وانظر: المنتقى، للباجي: 7/ 56، الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/ 318.

(5) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 44 و45.

(6) قوله: (هو) ساقط من (ر2).

(7) انظر: المنتقى، للباجي: 7/ 56، الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/ 318.

(8) قوله: (شيء) ساقط من (ر2).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 218، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521، و(تهذيب البراذعي): 3/ 482.

(10) في (ر2): (وموقفا).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 218، و(العلمية): 3/ 526، و(السعادة/ صادر): 11/ 521، =

الأندلسيين من رواية سحنون في كتاب ابن عتاب، وسقطت له في كتاب ابن المرابط، وثبتت لسليمان بن سالم من رواية القرويين، وسقطت لغيرهما وهي صحيحة المعنى.

وقع في بعض روايات المدونة بعد مسألة المكتري: [(إذا ظهرت منه دعارة، وفسق)][1].

قلت: والنصارى إذا اتخذوا في دورهم ما لا ينبغي من شربهم الخمر، واتخاذهم الخنازير، أيمنعهم[2] السلطان، ولم تنتقض الإجارة؟ قال: نعم، وصحت في كتاب ابن عتاب وابن المرابط.

وقال في كتاب ابن المرابط: ليست في رواية ابن وضاح، وأحمد بن أبي سليمان، وثبتت لابن باز.

وقوله في باب الدعوى في الكراء: [(إذا قال رب الدار: أكريتك[3] بكذا لشيء[4] لا يشبه أن يكون كراءها، أيفسخ الكراء أم لا ؟[5] أم يرد[6] إلى كراء المثل؟[7] وهذا بعدما قد سكن)][8]، لابن باز وهو الصواب، ولم يكن في كتاب =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 482.

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 216، و(العلمية): 3/ 525، و(السعادة/ صادر): 11/ 520، (تهذيب البراذعي: 3/ 481.

(2) في (م): (يمتعهم).

(3) في (م): (اكتريتك).

(4) قوله: (بكذا لشيء) يقابله في (ر2): (بكراء بشيء).

(5) قوله: (أم لا؟) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (ترد).

(7) قوله: (المثل) يقابله في (ر2): (مثل هذه الدار).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 222، و(العلمية): 3/ 529، و(السعادة/ صادر): 11/ 524، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ابن عتاب وغيره.

وعند ابن وضاح في كتاب ابن سهل: وهذا نقد ما قد[1] سكن، وفي أصل ابن المرابط وهو مقر بما قد سكن.

وقوله في الباب: إذا قال: [(أكريت منك سنة بدينار، وقال الآخر: بعشرة دراهم وقالا جميعا ما لايشبه، تحالفا، وتفاسخا)][2].

كذا في أصل المدونة.

وقد تعقبوها بأن الاختلاف في الدنانير والدراهم عندهم كالاختلاف في الجنسين فيه التحالف أشبه أو لم يشبه فأسقط أكثرهم منه لفظة دراهم، وكذا اختصرها ابن أبي زيد[3].

وقال أحمد بن خالد: أنا أسقطت منها دراهم، وقد وقعت في بعض النسخ عشرة دنانير مكان دراهم، وأراها إصلاحا - أيضا - والله أعلم.

ووقع في بعض روايات المدونة في باب مكتري الدار متى يجب عليه الكراء، بعد قوله: [(إن[4] كان لأهل تلك البلدة كراء الدور عندهم على النقد، أجبر هذا المتكاري على النقد)][5].

قال غيره: الدار مأمونة، يجوز النقد فيها ليس قول الغير في أكثر =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 484 و485.

(1) قوله: (قد) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 223، و(العلمية): 3/ 529، و(السعادة/ صادر): 11/ 524، و(تهذيب البراذعي):3/ 484 و485.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 146.

(4) في (ر2): (لمن).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 216، و(العلمية): 3/ 525، و(السعادة/ صادر): 11/ 520.

الروايات.

قال بعض الشيوخ: معناه[1] أنه يجبر على النقد، وإن لم تكن لهم سنة، وفي هذا عندي نظر.

وقوله في باب تفليس مكتري الدار: [(إن أحب المكتري أن يسلم ما بقي من السكنى، ويحاص الغرماء بجميع دينه فعل، وإن أحب أن يأخذ ما بقي منها بما يصيبه من الكراء، ويضرب بما بقي مع الغرماء)][2].

قال ابن خالد: هذه المسألة مصلحة، وليست كذا في الأسدية، قال سحنون: يصلح كلام ابن القاسم بكلام ابن القاسم.

ووقع أول الباب بعد قوله: [(ورب الدار أولى من الغرماء)][3].

قال سحنون: وقال عبد الرحمن وغيره: إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إلى رب المنزل ما يصيب ما[4] بقي من الشهور على قدر قيمة ذلك، ويكون ما بقي من السكنى للغرماء يكرونه في دينهم[5] كذا في جل النسخ، وكذا في أصل ابن عتاب، إلا قوله: ويكون ما بقي إلى آخره [177/ أ]، وهي رواية ابن وضاح.

وفي بعضها: إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه جميع الكراء، وقد ذكره

---

(1) في (م): (ومعناه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 227، و(العلمية): 3/ 531، و(السعادة/ صادر): 11/ 527، و(تهذيب البراذعي): 3/ 486.

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 227، و(العلمية): 3/ 531، و(السعادة/ صادر): 11/ 527، و(تهذيب البراذعي): 3/ 486.

(4) قوله: (يصيب ما) يقابله في (ر2): (يصيبه بما).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 227 ، و(العلمية): 3/ 531 ، و(السعادة/ صادر): 11/ 527، و(تهذيب البراذعي): 3/ 486.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أبو محمد في مختصره، فقال: وقيل: جميع الكراء، وأنكره.

وفي رواية الدباغ: يكون رب الدار أولى من الغرماء في قول مالك بما بقي من السكنى[1] بنصف الكراء، إلا أن يشاء الغرماء.

وليس عنده: وقال عبد الرحمن وغيره وفي آخر الباب: وكذلك روى ابن وَهْب وغيره عن مالك، كذا في كتاب ابن عتاب وغيره، وللدباغ عبد الرحمن مكان ابن وهب.

وقوله في متكاري الأرض: [(لها بئر قل ماؤها وهو يخاف ألا يكفي زرعه لا أحب لأحد أن يتكارى أرضاً لها ماء ليس فيه ما يكفي زرعه، وإنما كرهه من وجه الغرر، إلى آخر المسألة إلى قوله: كأنهما تخاطرا)][2] فمفهومه[3] منع النقد وفساده[4] وهو الذي له في كتاب محمد[5]، ويدل عليه قوله: إن صاحب الكراء الصحيح على الماء الكثير، يدل[6] أن هذا عنده ليس بصحيح.

وكذلك قوله: [(أنهما تخاطرا ثم قال بعد هذا: ولم يتهم اللذان تناقدا[7] على الماء الكثير المأمون في تعجيل النقد بمثل ما اتهما[8] عليه في تعجيل النقد في

---

(1) قوله: (من السكنى) يقابله في (ر2): (بين المسألتين).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 233، و(العلمية): 3/ 537، و(السعادة/ صادر): 11/ 531، و(تهذيب البراذعي): 3/ 489.

(3) في (م): (فمفهوم قوله).

(4) قوله: (النقد وفساده) يقابله في (ر2): (العقد وفسادها).

(5) انظر: منتخب الأحكام، لابن زمنين: 2/ 904.

(6) في (ر2): (فدل).

(7) قوله: (اللذان تناقدا) يقابله في (ر2): (اللذين تقدم).

(8) في (ر2): (اتهم).

الماء الذي ليس بمأمون لما انتفع من تعجيل[1] نقده.

ثم قال: فصار مرة سلفا إن لم يتم[2]، ومرة بيعا[3] إن تم فصارا مخاطرين)][4] فظاهر هذا أنه إنما كره النقد لا العقد[5].

وعلى هذا حمل كلامه بعضهم والأول أولى وكأنه إنما أتى بالكلام الآخر عندي في زيادة التعليل للفساد، وأنه في النقد تدخله علة أخرى، وكثير ما يجري له هذا.

كما علل - أيضاً - بعلة ثالثة وهو أنه في الكراء الصحيح [(إذا تهورت[6] البئر أو انهدمت العين كان له أن يصلحها من كراء سنته)][7]، وليس له أن يصلحها في هذا الفاسد لو طلبه؛ لأنه على هذا العيب[8] دخل، فهذا كله تعليل للفساد فانظره.

وقوله في: [(الأرض المزروعة إذا لم ينبت زرعها مثل النخل إذا[9] لم تؤبر، فإذا انبتت[10] فهي كالنخل المأبورة)][11].

---

(1) قوله: (النقد في الماء ... من تعجيل) ساقط من (م).

(2) في (م): (يتهم).

(3) في (ر2) و(ح): (بيع).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 233، و(العلمية): 3/ 527، و(السعادة/ صادر): 11/ 532، و(تهذيب البراذعي): 3/ 489 و490.

(5) في (ر2): (للعقد).

(6) في (ر2): (انهدرت).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 219، و(العلمية): 3/ 537، و(السعادة/ صادر): 11/ 522، و(تهذيب البراذعي): 3/ 490.

(8) في (ر2): (البيع).

(9) في (ر2): (التي).

(10) في (م): (أنبتت).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 238، و(العلمية):3/ 540، و(السعادة/ صادر): 11/ 535،

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال أحمد بن خالد: هذا أمر أصلحه سحنون[1]؛ لأن في الأسدية أن الإبار في الزرع بذره، وتفريقه وحكاه القاضي أبو محمد بن نصر.

وقيل: إباره أن يأخذ[2] الحب كسائر الثمار وهو مذهبه، ومذهب ابن القاسم على[3] ما تقدم في المدونة.

وقوله: في السنة إذا انقضت وفي الأرض زرع أخضر: [(فقال رب الأرض للمكتري: أقلعه)][4] إلى آخر المسألة.

وقوله قال مالك: [(لا يقلع، ولكن له كراء مثل أرضه ثم قال[5]: وله كراء مثلها على حساب ما أكراها منه)][6].

قال بعضهم: هذا تناقض كيف يصح كراء المثل مع حساب ما أكرى، وقد طرح سحنون من رواية يحيى قوله: على حساب ما أكرى، واختصرها أبو محمد وغيره لا على حساب ما أكرى، وكذا وقعت المسألة في المستخرجة في سماع أبي زيد في زيادة مدة الكراء وفي[7] كراء الدار أن له كراء المثل، وليس

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 492.

(1) قوله: (سحنون) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (يأخذه).

(3) قوله: (على) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 243 ،و(العلمية):3/ 543 ، و(السعادة/ صادر): 11/ 538، و(تهذيب البراذعي):3/ 493.

(5) قوله: (ثم قال) ساقط من (ر2).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 243، و(العلمية):3/ 543، و(السعادة/ صادر): 11/ 538، و(تهذيب البراذعي):3/ 493.

(7) قوله: (الكراء وفي) زيادة من (ر2).

له[1] كراء مثلها[2] بحساب الكراء الأول.

وفي الرواحل من المدونة في التعدي في المسافة له كراء مثلها لا[3] على حساب ما أكرى عليه[4] فهذا كله يصحح ما اختصر عليه أبو محمد.

وأما ابن أبي زمنين فاختصرها على الوجه الآخر، وقال: له كراء أرضه على حساب ما أكراها منه، وهذان القولان في المسألة ونظائرها معروفان.

وفي العتبية من سماع عيسى في الزيادة على الوجيبة في كراء الدار: أيأخذ منه بحساب ما تكارى السنة[5] الماضية، أم قيمة الزيادة ما بلغت؟[6].

قال: قد قيل القولان وذهب ابن لبابة إلى[7] أن قوله[8] في الكتاب إشارة لجمع[9] القولين معاً، بعد قوله القيمة لكنه خلط الجوابين.

قال: ويحتمل أن يكون السامع ظنهما قولاً واحداً، ولم يفصل موضعهما[10] بهذا اللفظ.

---

(1) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (كراء مثلها) زيادة من (م).

(3) قوله: (لا) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 153، و(العلمية): 3/ 487، و(السعادة/ صادر): 11/ 479 و480، و(تهذيب البراذعي): 3/ 448.

(5) في (ر2): (للسنة).

(6) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 35 و36.

(7) قوله: (إلى) ساقط من (ر2).

(8) في (م): (مذهبه).

(9) في (م) و(ح): (لجميع).

(10) قوله: (يفصل موضعهما) يقابله في (ر2) و(ح): (يحصل بموضعهما).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال: وما في العتبية يدل أن جواب الكتاب جمع فيه بين[1] الجوابين والقولين جميعا، ولم يفصل بينهما فالتبس الجواب.

وذهب بعضهم إلى تصحيح اللفظ على ما وقع في الكتاب، وتخريجه على أنه ينظر إلى قيمة الزيادة من قيمة كراء السنة فيعطيه على حسابه مما اكترى به؛ لأنهما دخلا على الانتفاع بالأرض.

وقد علمنا أن بعض البطون يتقدم ويتأخر لما يطرأ من العاهات فكأنهما دخلا على ذلك.

وقع في آخر باب الرجل يكري أرضه سنين فتنقضي [(وفيها غرس فيصالحه رب الأرض على بقائه فيها سنين أخرى على نصف الشجر لا يجوز، قال غيره: لا خير فيه؛ لأنه فسخ دين في دين ثبت)][2].

قول غيره: في روايتنا لابن[3] عتاب، وهو مطروح للدباغ وابن باز، وفي آخر الباب بعده [(في اكتراء الأرض سنين ليغرس فيها[4] شجرا والثمر للغارس تلك المدة، فإذا انقضت فالشجر لرب الأرض لا يجوز)][5].

ثم قال آخر المسألة: [(وقال غيره: لا يجوز ويدخله بيع الثمر قبل

---

(1) قوله: (بين) ساقط من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 238 و239، و(العلمية):3/ 541، و(السعادة/ صادر): 11/ 540، و(تهذيب البراذعي): 3/ 492.

(3) في (م): (عن ابن).

(4) قوله: (فيها) ساقط من (ر2).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 237، و(العلمية): 3/ 539، و(السعادة/ صادر): 11/ 534، و(تهذيب البراذعي): 3/ 491.

[177/ ب] بدو صلاحه، ويدخله - أيضاً - كراء الأرض بالثمر)][1]، لم يكن قول الغير في كتاب ابن عتاب ولا في رواية ابن المرابط، وذكره ابن أبي زمنين، قال: ولم يروه ابن وضاح.

قال ابن أبي زمنين: ولا أعلم لقوله **كراء الأرض بالثمر** معنى إلا أن يكون تمت المدة وفي الشجر طلع، والله أعلم.

وأبو خزيمة[2] عبد الله بن طريف[3]، بضم الخاء المعجمة، ورافع بن خديج بفتحها.

والصير: نوع من الحيتان مملوح[4]، والمحاقل: المزارع.

الماذيانات - بفتح الذال المعجمة مخففة[5]، ويقال بكسرها، وبعدها ياء مخففة[6] باثنين تحتها، وبعدها الألف، نون، وآخره تاء باثنين[7] فوقها - قيل: هي من[8] مسايل المياه، وقيل: السواقي، وقيل: ما ينبت[9] على الأنهار[10] الكبار

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 239، و(العلمية): 3/ 558، و(السعادة/ صادر): 11/ 535 و536، و(تهذيب البراذعي): 3/ 492.

(2) في (ر2): (خريمة).

(3) في (ر2): (شريف).

(4) قوله: (مملوح) ساقط من (م).

(5) قوله: (مخففة) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (مخففة) زيادة من (ر2).

(7) في (م): (باثنتين).

(8) قوله: (من) زيادة من (ر2).

(9) في (ر2): (نبتت).

(10) في (ر2): (الأرض).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وليست بعربية، ولكنها سوادية[1]، القبال[2] الجداويل: بفتح الجيم[3] أوائلها.

وقال سحنون: الماذيانات: ما ينبت[4] على حافتي مسيل الماء.

وقيل: ما ينبت[5] حول ذلك من الخصب، والجداويل: السواقي.

وقوله: [(كنا نؤاجرها على الربع والأوسق)][6]، وعند ابن وضاح: على الربيع[7] وهو النهر؛ أي على ما ينبت عليها على ما تقدم في الماذيانات[8].

وتكريب الأرض، آخره باء بواحدة تحتها،[9] تطييبها، وإثارتها للحرث والزراعة وهو الكراب، بكسر الكاف، المصدر ورواه الأجدابي[10]: في الكراب بالفتح، وفي حديث عمر: [(كتب ألا تكرى أرض مصر حتى يجري عليها الماء، ويروى المطر)][11]، وهو في نسخ المدونة، وكذا وقع في كتاب ابن حبيب والمبسوط، وفي أصل موطأ ابن وهب: أرض مصر وهو أصح؛ لأنه عن

---

(1) في (ر2): (موادية).

(2) في (م): (يقال).

(3) في (ر2) و(ح): (الهمزة).

(4) قوله: (الماذيانات: ما ينبت) يقابله في (ر2): (المادايات: ما نبتت).

(5) في (ر2): (ثبتت).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 255، و(العلمية): 3/ 549و(السعادة/ صادر): 11/ 545

(7) قوله: (على الربيع) ساقط من (ر2).

(8) في (ر2): (الماديانات).

(9) قوله: (تحتها) ساقط من (ر2).

(10) في (ر2): (الأجداني).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 230، و(العلمية): 3/ 535 و(السعادة/ صادر): 11/ 529.

ابن وَهْب أدخلوه.

وقوله عن: [(الشاة يشتريها الرجل بهذه السلعة أو بهذه الأخرى يختار أيهما شاء لا يجوز إن كان على الإلزام لأحدهما)][1]؛ معناه أن السلعتين من جنسين، ولو كانتا[2] من جنس واحد جاز؛ لأنه اشترى إحداهما بهذه الشاة على أن يختار ولو اختلفت قيمتهما، قاله في كتاب الخيار[3].

قال ابن لبابة: لا يجوز عندي، إذا اختلفت القيم وإن كانتا[4] من جنس واحد.

وقوله[5]: [(فيما اشترى الوصي من مال اليتيم يعاد في السوق)][6] يدل أن النظر فيه يوم الحكم وإن اختلفت الأسواق.

وقوله في هذا الكتاب: [(إذا فلس الجمال فالبزاز أولى بالإبل، حتى يستوفي ركوبه، إلا أن يضمن الغرماء له حملانه، ويكتروا له من أملياء)][7].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 265، و(العلمية): 3/ 555، و(السعادة/ صادر): 11/ 552، و(تهذيب البراذعي): 3/ 198.

(2) في (ر2): (كانت).

(3) انظر: المدونة (زايد): 7/ 125، و(العلمية): 3/ 225، و(السعادة/ صادر): 10/ 190.

(4) في (ر2): (كانا).

(5) في (ر2): (قوله).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 273، و(العلمية): 3/ 559، و(السعادة/ صادر): 11/ 556، و(تهذيب البراذعي): 3/ 506 و507.

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 276، و(العلمية): 3/ 561، و(السعادة/ صادر): 11/ 558، و(تهذيب البراذعي): 3/ 509.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال[1] غيره: لا يجوز أن يضمنوا الحملان.

قال بعض الشيوخ: الخلاف في المعين، وأما المضمون فلا يختلفون في جواز ضمانهم له.

وقال غيرهم: إنما الخلاف في المضمون[2] للاختلاف هل هو أحق به أم لا؟ وأما المعين فلا يختلف أنه أحق به ولا أنه[3] ليس لهم ضمانه ولا يلزمه.

قال: واختلف إذا تراضوا بذلك، هل يجوز أم لا؟ وهذا ظاهر كلام سحنون؛ لقوله معنى المسألة إذا كان الكراء مضمونا[4]، وهو من هذا آخر الرواحل[5].

تم كتاب كراء الدور والأرضين بحمد الله تعالى وحسن عونه ويمنه، يتلوه الأقضية إن شاء الله تعالى[6].

---

(1) في (ر2): (وقول).

(2) قوله: (في المضمون) يقابله في (ر2): (للمضمون).

(3) قوله: (ولا أنه) يقابله في (ر2): (لأنه).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 276 ، و(العلمية): 3/ 561 ، و(السعادة/ صادر): 11/ 558 ، و(تهذيب البراذعي): 3/ 509..

(5) قوله: (وهو من هذا آخر الرواحل) ساقط من (م).

(6) قوله: (تم كتاب كراء ... شاء الله تعالى) زيادة من (م).

كتاب الأقضية

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الأقضية

قال أبو منصور الأزهري: قضى[1] في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع[2] الشيء وتمامه، والقضاء: الفصل في الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾ [يونس: 19]؛ أي فصل الحكم بينهم[3].

يقال: قضى الحاكم، إذا فصل في الحكم وقضى دينه[4]؛ أي قطع ما لغريمه[5] عليه بالأداء كلما[6] أحكم عمله فقد قضى يقال: قضيت هذه الدار أي أحكمت عملها وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قَضَىٰ أَمْرًا﴾ [البقرة: 117] أي أحكمه.

وشروط القضاء التي لا يتم للقاضي قضاؤه إلا بها، ولا[7] ينعقد ولا يستديم عقده إلا معها عشرة: الإسلام والعقل والذكورية والحرية والبلوغ والعدالة والعلم، وسلامة حاسة السمع والبصر من العمى والصمم، وسلامة حاسة البيان، وهو اللسان من البكم[8]، وكونه واحداً لا أكثر.

وشرط[9] العلم – هنا – إذا وجد[10] لازم كما قلناه، فلا يحل[11] تقديم

---

(1) في (ر2) و(ح): (القضاء).

(2) في (م): (انقضاء).

(3) قوله: (ولولا كلمة سبقت ... الحكم بينهم) يقابله في (ح): (ولو... أجل مسمى لقضي بينهم). وانظر: تهذيب اللغة، للأزهري: 9/ 170.

(4) في (ح): (دينهما).

(5) قوله: (ما لغريمه) يقابله في (ر2): (بالغريمة).

(6) في (م) و(ر2): (وكل ما).

(7) في (م): (ولاء).

(8) في (ر2): (اللكن).

(9) في (ر2) و(ح): (وشروط).

(10) قوله: (إذا وجد) ساقط من (م).

(11) في (ر2): (تحل).

من ليس بعالم ولا ينعقد له تقديم مع وجود العالم المستحق للقضاء لكن رخص فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد في العلم، إذا لم يوجد من بلغها ومع كل حال فلا بد أن يكون له علم، ونباهة، وفهم فيما[1] يتولاه وإلا لم يصح[2] له أمر.

وأما اشتراط السمع والبصر فقد حكى فيه الإجماع من العلماء مالك وغيره[3]، وهو المعروف [178/ أ] عنه إلا ما حكاه الماوردي عن مالك أنه يجوز قضاء[4] الأعمى وهو غير معروف ولا يصح[5] عن مالك، وإذ لا يتأتى قضاء ولا ضبط ولا ميز محق[6] من مبطل ولا تعيين طالب من مطلوب ولا شاهد من مشهود عليه من الأعمى.

وكذلك اشتراط السمع والكلام لم يختلف فيه العلماء ابتداء ونص[7] عليه شيوخنا؛ إذ يتعذر عليهم[8] الفهم والإفهام غالباً، وليس كل شاهد يكتب اسمه، وفي التعويل على كتابة غيره فيما[9] يقوله الشهود والخصوم حرج واعتماد في جل[10] قضائه على غيره.

---

(1) في (ر2) و(ح): (بما).

(2) في (ر2): (يصلح).

(3) انظر: المنتقى، للباجي: 7/ 131.

(4) في (ر2): (لاقضاء).

(5) في (ر2): (يصلح).

(6) في (ح): (لمحق).

(7) في (ح): (وهو نص).

(8) في (ر2): (عليهما).

(9) في (ر2): (مما).

(10) في (م): (كل).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ثم اختلف العلماء إذا طرأت هاتان الآفتان[1] بعد العقد، هل يبطل بهما[2] العقد، ويعزله عن القضاء أم لا؟ لتوصله في أغراض القضاء بالقراءة والكتابة.

وأما اجتماع هاتين الآفتين فبعيد تأتي القضاء معهما وقل ما يوجد أبكم إلا أصم.

وأما كونه واحدا فلا يصح تقديم الاثنين[3] على أن يقضيا معاً في قضية واحدة لاختلاف الأغراض، وتعذر الاتفاق، وبطلان الأحكام لذلك، ثم بعض هذه الشروط إذا عدمت فيمن قلد القضاء لجهل[4] أو غرض[5] فاسد، ثم نفذ[6] منه حكم. فإنه لا يصح، ويرد[7].

وهي[8]: الشروط الخمسة الأولى[9]: الإسلام والعقل والبلوغ والذكورية والحرية.

والخمسة الأخرى[10]، ينفذ[11] من أحكام من عدمت فيه ما وافق الحق،

---

(1) في (ر2): (الافتتان).

(2) في (ر2): (به).

(3) في (ح): (اثنين).

(4) في (ر2): (يحمل)، وفي (ح): (بجهل).

(5) في (ر2): (عارض).

(6) في (ر2) و(ح): (نفد).

(7) في (ر2): (ولا يرد).

(8) قوله: (وهي) ساقط من (ح).

(9) في (ر2) و(ح): (الأول).

(10) في (ر2): (الأخر).

(11) في (ر2) و(ح): (تنفد).

إلا الجاهل الذي يحكم[1] برأيه وأما الفاسق ففيه خلاف بين[2] أصحابنا، هل يرد ما حكم فيه، وإن وافق الحق،؟ وهو الصحيح أم[3] يمضي، إذا وافق الحق، ووجه الحكم.

وشروط الكمال[4] عشرة – أيضا – خمسة أوصاف ينتفي[5] عنها، وخمسة لا ينفك عنها[6]: أن يكون غير محدود وغير مطعون عليه في نسبه[7] بولادة اللعان والزنا وغير فقير[8] وغير أمي وغير مستضعف وأن يكون فطناً، نزيها مهيبا، حليما مستشيراً لأهل العلم والرأي في القضاء[9].

وقوله[10] في الكتاب: [(وجه الحكم في القضاء إذا[11] أدلى الخصمان بحجتهما[12] وفهم القاضي عنهما فأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما[13]: أبقيت لكما حجة؟)][14].

---

(1) في (ر2): (حكم).

(2) في (ر2) و(ح): (من).

(3) في (ح): (أو).

(4) في (ح): (الكمالة).

(5) في (ح): (ينتقى).

(6) قوله: (لا ينفك عنها) يقابله في (ر2): (لا تنفك منها).

(7) قوله: (في نسبه) ساقط من (ح).

(8) قوله: (وغير فقير) ساقط من (م).

(9) قوله: (في القضاء) ساقط من (ر2).

(10) في (ر2): (قوله).

(11) في (ر2): (بماذا).

(12) في (ر2): (بحججهما).

(13) قوله: (لهما) ساقط من (ر2) و(ح).

(14) انظر: المدونة (زايد): 8/ 482، و(العلمية): 4/ 3، و(السعادة/ صادر): 12/ 132، و(تهذيب البراذعي): 3/ 581.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال أبو القاسم بن محرز: جعل فهمه هنا مقام ما يسمعه[1] منهما.

قال القاضي رحمه الله: ليس مراده هذا وإنما فهم عنهما ما سمعه، وحققه تحقيقا يرفع[2] عنه الريب والاحتمال[3] من مقاصدهما لا أنه[4] فهم من معرض[5] كلامهما، ولحن خطابهما فليس هذا مما تقام[6] به الأحكام، وقد قال أشهب وسحنون وغيرهما: لا يقضي القاضي حتى لا يشك[7] أن قد فهم فأما أن يظن أن قد فهم وهو يخاف ألا يكون قد[8] فهم لما يجد من الكسل والحيرة فلا ينبغي له أن يقضي بينهما[9]، فهذا هو الفهم الذي أراد في الكتاب لا غيره.

وقوله: **أبقيت لكما حجة؟**

قيل: إنما صوابه أن يقوله: للمحكوم عليه، وعلى هذا اختصر المسألة أبو محمد، ومن اتبعه أن يقول للمطلوب: أبقيت لك حجة؟ فهو[10] الذي يعذر إليه وأما المحكوم له[11]، فإنه الذي يطلب الحكم ولا إعذار له.

---

(1) في (ح): (سمعه).

(2) في (م): (يدفع).

(3) في (ح): (الاختلال).

(4) قوله: (لا أنه) يقابله في (ح): (لأنه).

(5) قوله: (معرض) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (يقام).

(7) قوله: (حتى لا يشك) ساقط من (ح).

(8) قوله: (قد) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (بينهم).

وانظر: النوادر والزيادات لابن ابى زيد: 8/ 24.

(10) في (م) و(ح): (فهذا).

(11) قوله: (له) ساقط من (ح).

وقيل: يحتمل صواب ما قال؛ لأن المطلوب إذا ذكر حجته[1] سئل الطالب عن جوابها، كأنه قال: بقي لكما كلام أسمعه منكما، وأنظر فيه أو حجة تتدافعانها[2].

قال القاضي رحمه الله: وقوله[3] وأوجه ما في هذا عندي أنهما اثنان طالب، ومطلوب، ومرة يتوجه الحكم على المطلوب، ومرة على الطالب، بتعجيزه للمطلوب، ودفعه عنه.

فقوله: **أبقيت لكما حجة؟** لما كان له أن يقول ذلك لكل واحد منهما على الانفراد، إذا توجه عليه الحكم، اختصر الكلام، ولفه في لفظ واحد، كأنه قال: أن يقول لكل واحد منهما[4] ممن يتوجه عليه عنده الحكم أو تعجيزه، ودفعه عن صاحبه من طالب أو مطلوب: أبقيت لك حجة؟

وقد يكون - أيضاً - على وجهه فقد تبقى للطالب، وإن كان المحكوم[5] له حجة تدفع عنه يميناً وجبت عليه لاستيفاء[6] الحكم له وشبه هذا.

وقوله مثل: [(أن يأتي بشاهد عند من لا يرى الشاهد واليمين فوجه القاضي عليه الحكم، ثم قدر على شاهد آخر بعد ذلك أنه يقضي لهذا[7] الآخر)][8].

---

(1) في (ر2) و(ح): (حجة).
(2) في (ح): (يتدافعاها).
(3) قوله: (وقوله) زيادة من (ر2).
(4) في (ر2) و(ح): (من الخصمين).
(5) في (م): (الحكم).
(6) في (ح): (لاستبقاء).
(7) في (ح): (بهذا).
(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 482، و(العلمية): 4/ 3، و(السعادة/ صادر): 12/ 132، و(تهذيب البراذعي): 3/ 581.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قيل: ظاهر الكتاب أنه يقضي له القاضي الأول وغيره، وفي كتاب محمد: إنما هذا للقاضي نفسه ولا يسمع منه غيره، ولسحنون خلاف هذا كله لا يسمع منه هو، ولا[1] غيره[2].

قال بعضهم: فقوله[3]: فوجه الحكم عليه استدل منه على[4] أن مذهبه تعجيز المدعي والقضاء[5] به[6] عليه وهي مسألة خلاف.

قال القاضي رحمه الله: لا دليل فيه، ولعل مراده: فوجه الحكم على المطلوب باليمين على إنكاره الدعوى[7].

وفي قوله: [(هذا أن تركه الحكم بشهادة الشاهد لا يضره إذا أصاب شاهدا آخر ولا يختلف في هذا كما اختلف إذا أبى من الحلف مع شاهده، ورد اليمين [178/ ب] على المدعي، ثم قام[8] له شاهد آخر؛ لأن هذا قد تركه والأول لم يتركه)][9].

وقوله في مسألة: [(إذا مر فسمع رجلا يقذف رجلا أو يطلق امرأته ولم يشهداه)][10] إنه يشهد، ثم قال: وأما قوله الأول، وفي الشهادات: [(وأما

---

(1) قوله: (هو، ولا) يقابله في (ر2): (قولا).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 8/ 221.

(3) في (ر2) و(ح): (وقوله).

(4) قوله: (على) زيادة من (م).

(5) في (ح): (المقصى).

(6) قوله: (به) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (والدعوى).

(8) في (ح): (قال).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 497، و(العلمية): 4/ 10، و(السعادة/ صادر): 12/ 141، و(تهذيب البراذعي): 4/ 586

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 483، و(العلمية): 4/ 3، و(السعادة/ صادر): 12/ 133، =

قول مالك الأول فإني سمعت مالكاً[1]، وسئل عن الرجل يمر بالرجلين وهما يتكلمان في الشيء ولم يشهداه فدعاه أحدهما إلى الشهادة، أيشهد؟ قال: لا.

زاد في الشهادات: قال ابن القاسم: إلا أن يكون قد استوعب كلامهما[2]؛ لأنه إن لم يستوعب لم يجز له أن يشهد؛ لأن الذي سمع لعله قد كان قبله كلام يبطله)][3] أو بعده.

ظاهره الخلاف وعليه حمله بعضهم، وهو دليل قول أَشْهَب في كتاب محمد وظاهر ما - هنا[4] - لأنه قال: لا يشهد، إلا أن يكون قذفا فليشهد إن سمعه معه غيره.

قال أَشْهَب: هذه رواية فيها وهم وليشهد بما سمع من إقرار أو غصب أو حد، وإن لم يعلم من هي له أعلمه[5].

والأكثرون أن كلام ابن القاسم تفسير، وليس مراده عندهم بقوله الأول قولاً ثانياً له و لا[6] اختلافا من قوله وإنما[7] هو لتقديم الكلام في المسألة وسماعه منه القول في إحداهما قبل الأخرى.

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 594.

(1) قوله: (فإني سمعت مالكا) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (كلامهم).

(3) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 483 و 9/ 35، و(العلمية): 4/ 3 و4، و(السعادة/ صادر): 12/ 133 و 13/ 169، و(تهذيب البراذعي): 3/ 595.

(4) في (ر2): (هناك).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 256 و 257.

(6) قوله: (لا) ساقط من (ر2) و(ح).

(7) في (ر2): (إنما).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

إذ هي ثلاث مسائل: **إحداها**: إذا سمع شاهدا أو شهودا[1]، يذكرون أنهم سمعوا فلانا يقول لفلان: على فلان كذا أو سمعنا فلانا يقذف فلانا أو يطلق زوجته فلا يشهد السامع لهؤلاء الشهود على هذا القول حتى يشهداه على شهادتهم لا يختلفون في هذا، وكذا في المدونة[2] والعتبية[3]، وكتاب محمد وغيره[4] سواء استوعبوا كلامهم، أم لا إذ لو ضموا[5] إلى الشهادة على[6] شهادتهم لعلهم[7] لم يشهدوا بها لعلة أو لأن كثيرا من الناس من يستعمل[8] في كلامه المعاريض والمزح.

زاد في كتاب محمد: ولو سمعهما يشهدان غيرهما على شهادتهما لم يشهد حتى يشهداه.

واختلف إذا سمعهما يشهدان بها عند الحاكم، هل يشهد[9] على شهادتهما بذلك أم لا؟

قال بعض شيوخنا: وفي هذا الأصل اختلاف، ولا فرق بين

---

(1) في (ر2): (مشهودا).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 482 و 483، و(العلمية): 4/ 3، و(السعادة/ صادر): 12/ 132 و133، و(تهذيب البراذعي): 3/ 594.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 10/ 13 و14.

(4) في (م) و(ر2): (وغيرها).

(5) في (م): (دعوا)، وفي (ح): (ظنوا).

(6) قوله: (الشهادة على) يقابله في (م): (رفع).

(7) في (ر2) و(ح): (لعلمهم).

(8) في (ح): (يستعملوا).

(9) في (ح): (شهد).

أدائها عند[1] الحاكم أو إشهادهما غيرهما عليها[2]؛ إذ قد ارتفع الاحتمال، وكلا الموضعين موضع تحقيق وجد[3].

والمسألة الثانية: إذا سمعه يقذف رجلاً أو يطلق امرأته فهذا يشهد - أيضا - إلا ما زاد في هذا الكتاب في الحدود إذا كان معه غيره[4]؛ وذلك لأنه في القذف إذا كان وحده، ولم تتم الشهادة على القاذف خشي أن يكون هذا قاذفاً معرضاً، جاء بذلك مجيء الشاهد على غيره.

والمسألة الثالثة: إذا سمع رجلين يتراجعان كلاما، ويتقاران[5] في شيء بينهما، فهذا يشهد إذا استوفى كلامهما من أوله إلى آخره، واستوعب قصتهما، كما قال ابن القاسم ولا يشهد إذا لم يكن كذلك كما قال مالك[6]، وهذا كله يعود - أيضاً - على المسألة التي قبلها، وأنه لا يشهد حتى يستوعب الكلام في كل شيء؛ لأنه إذا لم يستوعب قوله في الطلاق والقذف، وما قبله، وما[7] بعده، كيف يشهد؟ ولعل هذا القائل إنما كان حاكيا عن[8] غيره.

---

(1) في (ر2): (بين)، وفي (ح): (من).

(2) في (ر2) و(ح): (عليهما).

(3) قوله: (وجد) ساقط من (ح).

(4) انظر: المدونة : 8/ 483، و(العلمية): 4/ 3، و(السعادة/ صادر): 12/ 133، و(تهذيب البراذعي): 3/ 594 ، 595.

(5) في (ر2): (ويتقاران).

(6) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 483، و(العلمية): 4/ 3 ، 4، و(السعادة/ صادر): 12/ 133، و(تهذيب البراذعي): 3/ 595.

(7) قوله: (ما) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (من).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي هذا الفصل يتصور الخلاف على ما في كتاب محمد وتأويل بعضهم على ظاهر المدونة، وإليه نحا اللخميّ[1] وغيره في المسألتين والوجه الآخر أظهر وأبين وأصح[2] إن شاء الله.

وقوله: [(إذا ادعيت على رجل قصاصاً أو أنه ضربني بالسوط أو شبه ذلك استحلفه، قال: لا تستحلفه[3] إلا أن تأتي[4] بشاهد عدل فيستحلف لك)][5]، وأوجب[6] - هنا - وفي[7] كتاب الديات في القصاص في قطع اليد بشاهد[8] واحد ويمين)][9].

وقال في الشهادات: إنما يحلف مع الشاهد الواحد في الجراح فيما لا قود فيه، وإن كانت عمدا كالجائفة والمأمومة[10].

وقال هناك غيره: يحلف ويقتص من كل جرح كقول[11] ابن القاسم - هنا -

---

(1) انظر: التبصرة، ص: 5467 وما بعدها.

(2) في (ح): (واصلح).

(3) في (ر2): (لا يستحلف)، وفي (ح): (تستحلف).

(4) في (ر2): (يأتي).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 484، و(العلمية): 4/ 4، و(السعادة/ صادر): 12/ 133.

(6) في (م): (ولو وجب).

(7) في (م): (في).

(8) في (ر2): (شهادة).

(9) انظر: المدونة (زايد): 11/ 348، و(العلمية): 4/ 643 ، و(السعادة/ صادر): 6/ 416 و417 وتهذيب البراذعي: 4/ 587.

(10) انظر: المدونة (زايد): 9/ 30، و(العلمية): 4/ 29، و(السعادة/ صادر): 13/ 166، و(تهذيب البراذعي): 3/ 592.

(11) في (ر2): (كقول لقول).

فالخلاف في[1] كل هذا بين، ظاهر من قوله، وعليه اختصر كثير من المختصرين، ومن قول ابن القاسم أيضاً أدخله ابن لبابة وغيره، وهو غير مفصول من كلام ابن القاسم في أكثر النسخ والأصول لكن وقع في كتاب الشهادات أول المسألة في كتاب ابن عتاب.

قال سحنون: وظاهر قول ابن القاسم في مسألة السوط[2] أنه إنما يحلف له المطلوب ولا يحلف له الطالب، وليس هو مذهبه، إلا أن يكون له ما[3] ههنا رجوع من[4] قوله إلى قول[5] غيره.

وابن لبابة وغيره[6] تأولوا على أن الطالب إنما سأله عن استحلافه له إذا لم يرد هو أن يحلف على ذلك، كما قال في مسألة قطع اليد بعد هذا: [(فإذا[7] نكل استحلف القاطع)][8] وهذا بعيد من لفظه، ويشبه أن يكون على هذا[9] القول الآخر مثل رواية أَشْهَب في الشتم: لا يحلف مع الشاهد فيه المدعي، [179/ أ] وعسى أن يحلف فيه المدعى[10] عليه[11]، وذلك أنهم جعلوا ما فيه القصاص

---

(1) قوله: (فالخلاف في) يقابله في (ر2): (بالخلاف فيه).

(2) في (م): (المبسوطة)، وفي (ح): (المبسوط).

(3) قوله: (ما) ساقط من (ح).

(4) في (م) و(ح): (عن).

(5) قوله: (قول) ساقط من (م).

(6) قوله: (وابن لبابة وغيره) ساقط من (م).

(7) في (ح): (فإن).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 484، و(العلمية): 4/ 4، و(السعادة/ صادر): 12/ 133، و(تهذيب البراذعي): 3/ 598.

(9) قوله: (هذا) زيادة من (م).

(10) قوله: (فيه المدعى) ساقط من (م).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 392، والبيان والتحصيل: 9/ 472.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

من الجراح إذا قام بها شاهد كالقتل بالقسامة مع الشاهد، إلا أن القتل بقسامة والجراح لا قسامة فيها فكانت اليمين مع الشاهد مقامها.

ولمالك[1] في المبسوط إنما هذا في جراح الخطأ؛ لأنه مال وفيما صغر من الجراح مما ليس فيه عقل مسمى[2].

وقال عبد الملك: هذا فيما خف من الجراح، كالموضحة، وقطع الإصبع فأما ما خيف منه التلف فلا[3].

وقوله: ما سمعته[4]: [(يذكر أنهما يلتعنان في دبر الصلوات)][5]، وفي كتاب اللعان: أنه سمعه يقول ذلك[6]، يحتمل أنه لم يذكر ذلك هنا، وذكره عند جوابه في كتاب اللعان.

وقوله: [(إنما سمعته يقول في المسجد وعند[7] الإمام)][8]؛ معناه بحضرة الإمام في المسجد، وإن كان قد قال عبد الملك في المسجد[9] أو عند الإمام وظاهره

---

(1) في (ح): (ولذلك).

(2) في (م): (بينهما).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 395.

(4) في (ح): (سمعه).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 487، و(العلمية): 4/ 5، و(السعادة/ صادر): 12/ 135، و(تهذيب البراذعي): 2/ 331.

(6) انظر: المدونة، (زايد): 5/ 179، و(العلمية): : 2/ 354، و(السعادة/ صادر): 6/ 106 و107، و(تهذيب البراذعي): 2/ 331.

(7) في (ر2) و(ح): (عند).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 487، و(العلمية): 4/ 5، و(السعادة/ صادر): 12/ 135، و(تهذيب البراذعي): 2/ 331.

(9) قوله: (في المسجد) ساقط من (ح).

أحد الموضعين، وإليه أشار بعض المشايخ، وذكر أن هذا اختلاف[1].

وقوله في: [(اليهودي والنصراني والمجوسي لا يحلفون[2] إلا بالله)][3].

حمله بعضهم على ظاهره وأنه لا يلزمه[4] تمام الشهادة؛ إذ لا يعتقدونها، فلا يكلفون[5] مالا يدينون به، وإنما يلزمون ما يحلفون به ويعتقدونه من إثبات الألوهية[6] فقط، وهو مذهب ابن شَبْلون.

وفرق غيره بين اليهود فألزمهم[7] ذلك لقولهم بالتوحيد، وبين غيرهم.

وقال بعضهم: إنما قال:[(إنما يحلفون بالله فقط نفياً لما سأله عنه من قوله: أيزيدون الذي أنزل التوراة على موسى والإنجيل على عيسى صلوات الله عليهما)][8]، فقال: أرى أن يحلفوا بالله فقط؛ أي لا يزيدون ما سألت عنه، وإنما يحلفون بالله كما يحلف المسلمون يريد ويتمون[9] الشهادة إلى آخره.

وعليه اختصر أبو محمد، وهو بين في كتاب محمد.

قال: يمين الحر والعبد والنصراني في الحقوق سواء[10]، ومثله في كتاب

---

(1) في (ر2): (خلاف).

(2) قوله: (لا يحلفون) ساقط من (ر2).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 87، و(العلمية): 4/ 56، و(السعادة/ صادر): 13/ 201، و(تهذيب البراذعي): 3/ 615.

(4) قوله: (وأنه لا يلزمه) يقابله في (ر2): (وأنهم لا يلزمهم).

(5) في (ر2): (يطلبون).

(6) في (ر2): (الإلهية).

(7) قوله: (اليهود فألزمهم) يقابله في (ر2): (الخلاف وألزمهم)، وفي (ح): (وألزمهم).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 87، و(العلمية): 4/ 56، و(السعادة/ صادر): 13/ 201، و(تهذيب البراذعي): 3/ 615.

(9) في (ر2): (يتموا).

(10) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام، لابن سهل: 1/ 84.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ابن حبيب.

وذهب بعضهم إلى أن جميعهم يلزم اليمين بهذا اعتقده[1] أو[2] لا رضيه أو كرهه، ويجبرون على ذلك ولا يعد لهم[3] قولهم ذلك إسلاماً[4] وإنما هو حكم يجريه[5] عليهم أهل[6] الإسلام كما يلزمون فيما تحاكموا فيه مع المسلمين حكم الإسلام وإلى هذا ذهب المتقدمون من أصحابنا.

وقوله أرأيت: [(النساء العواتق أيحلفن[7] في المساجد؟)][8]؛ معناه الأبكار ولا يمين على من لم ينطلق منهن من الحجر ولا على[9] غيرهن من السفهاء، إلا فيما يكون لهم فيه[10] شاهد واحد[11]، وفي[12] دعواهم الوطء، وكذلك في كل حق يوجب أيمانهم بها حقا لهم في مال أو بدن أو إسقاط حق عليهم، وكذلك[13] يجب يمين السفيه على تكذيب الشاهد عليه بالطَّلاق، وكذلك لو ادعي عليه حق[14]

---

(1) في (م) و(ح): (اعتقدوه).

(2) في (ح): (أم).

(3) قوله: (لهم) ساقط من (م).

(4) في (ح): (إسلام).

(5) في (ح): (يجرى).

(6) قوله: (أهل) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (يحلفون).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 488 و 9/ 85، و(العلمية): 4/ 6، و(السعادة/ صادر): 12/ 135 و136 و 13/ 200، و(تهذيب البراذعي): 3/ 615.

(9) قوله: (على) ساقط من (ر2) و(ح).

(10) قوله: (لهم فيه) يقابله في (ح): (له فيها).

(11) في (ح): (واحدا).

(12) في (ر2): (أو في).

(13) قوله: (في كل حق ... وكذلك) ساقط من (ر2).

(14) في (ر2): (حقا).

فيما[1] يتعلق ببدنه، العقاب فيه أو[2] فيما يتهم به أو يجب عليه فيه حبس أو أدب إن لم يحلف[3] على تكذيب قوله أو أقر بصحة دعواه.

وقد اختلف شيوخنا[4] في وجوب يمين القضاء عليهم فمعظم الأندلسيين يسقطونها عنهم؛ إذ لو نكلوا عنها لم يستحق الطالب بنكولهم حقا، وذهب الأصيلي في آخرين إلى إيجابها[5].

واحتجوا أنه مذهب مالك[6]، بظاهر قوله هنا في يمين العواتق والحجة به[7] ضعيفة إذ يحمل على الوجه[8] الذي يجب به اليمين عليهن مما تقدم.

وذهب أبو العباس بن ذكوان وأبو عبد الله بن عتاب بعده إلى تقديم الحكم لهم[9] عند وجوبه وإرجاء اليمين عليهم إلى رشدهم[10].

وحكاه[11] ابن الهندي عن بعضهم في كتابه؛ إذ هو معاصره[12] فإن حلفوا - حينئذ - وإلا صرفوا عند هؤلاء ما حكم لهم[13] به قبل.

---

(1) في (ح): (بما).

(2) قوله: (أو) زيادة من (ر2).

(3) في (ر2) و(ح): (يحلفوا).

(4) في (ح): (شيوخي).

(5) في (ر2): (إيجابهما).

(6) قوله: (مالك) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (به) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (الوجوه).

(9) في (م): (عليه).

(10) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام: 1/ 110.

(11) في (ح): (وحكاها).

(12) قوله: (إذ هو معاصره) زيادة من (ر2).

(13) في (ر2): (له).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ثم اختلفوا إذا رشد المحجور فقام بحقه، وقد مات وصيه، هل يحلف الآن، وذلك مثل الجارية البكر أو المحجورة يموت زوجها أو يموت أبوها أو وصيها، ثم ترشد فذهب[1] بعضهم إلى[2] أنه لا يمين عليها؛ إذ لم تجب[3] عليها قبل وتأخذ حقها الآن بغير يمين وهو مقتضى فتوى الشيوخ في أحكام ابن زياد، عند بعض المتأخرين، وإليه ذهب ابن[4] بسام القاضي، قال[5]: إلا أن يدعي عليها علمها بقبض الوصي أو الأب ذلك فتحلف[6].

وقال[7] آخرون: إنها إذا رشدت صارت كغيرها[8]، وإليه ذهب ابن عتاب وابن سهل[9]، والقاضي ابن بدر[10]، وغيرهم وهو عندي الصحيح؛ لأنه قد يمكن قبضها له، وإسقاطها[11] إياه أو علمها بقبض[12] أبيها أو وصيها له[13].

وقيل: سواء ادعى عليها[14] بذلك أم لا إلا أن يكون الزوج حاضراً، ولا[15]

---

(1) في (ح): (ذهب).
(2) قوله: (إلى) ساقط من (ر2) و(ح).
(3) في (ر2): (يجب).
(4) قوله: (ابن) ساقط من (ر2).
(5) قوله: (قال) ساقط من (م).
(6) في (ر2): (فيحلف).
(7) في (ح): (قال).
(8) انظر: الاحكام لابى المطرف المالقى: 116.
(9) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام: 1/ 110.
(10) انظر: الأحكام، لابى المطرف المالقى، ص: 116.
(11) في (م): (أو إسقاطها).
(12) في (ر2): (بقبض).
(13) قوله: (له) ساقط من (ح).
(14) في (م): (علمها).
(15) في (ر2): (أولا).

يدعى عليها شيئا من ذلك فلا يمين - هنا - بوجه ويقضي القاضي لها به وقد كان بعضهم لا[1] يرى للقاضي أن يحكم في شيء من[2] مثل هذا حتى يحلف المحكوم عليه يمين القضاء، حاضراً كان مطلوبه أو غائباً على ظاهر ما جاء في المدونة، ونص ما في المستخرجة[3] [179/ ب] والصحيح أنه لا يلزم ذلك في الحاضر إلا بدعواه، فيحلف على ما ادعاه[4] خصمه عليه لا غير.

وكذلك[5] نص عليه في كتاب ابن شعبان، إلا ما ليس عليه يد لأحد مخافة أن يكون لغائب فيه حجة أقوى مما قام به الحاضر وفي الحاضر إنما يحكم على الحاضر.

ثم اختلفوا إذا ادعى السفيه دعوى وجبت فيها[6] اليمين فردت على السفيه.

فقيل[7]: يحلف، وقيل: لا؛ لأن نكوله لا يوجب[8] شيئاً، والصواب أن يحلف، ويستحق حقه فإن نكل فهو على حقه متى شاء أن يحلف حلف، واستحق كما لو كان له شاهد واحد، ولم يحلف الآن معه لكان على حقه.

وقوله في النساء: [(وإن كانت ممن لا تخرج نهارا)][9]، وفي بعض النسخ لم

---

(1) قوله: (لا) ساقط من (م).

(2) قوله: (من) ساقط من (ر2).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 320.

(4) في (ر2): (ادعى).

(5) في (ر2) و(ح): (وكذا).

(6) في (ح): (فيه).

(7) في (ر2): (قيل).

(8) قوله: (لا يوجب) ساقط من (ر2).

(9) انظر: المدونة(زايد): 8/ 488، 9/ 85، و(العلمية): 4/ 6، و(السعادة/ صادر):

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يذكر نهاراً فهل[1] يحتمل أنها لا تخرج جملة، وهي التي لا تتصرف ولا تخرج[2] من نساء الملوك فيبعث[3] إليها الإمام من يحلفها ولا يترك خصمها لامتهانها كذا[4] ذكر القاضي أبو محمد[5] عبد الوهاب وهذا فيما[6] يطلب به[7]، ونحوه لابن كنانة في المدونة، قال: يحلف النساء اللائي[8] لا يخرجن في بيوتهن فيما ادعي عليهن، ويشهد عليهن في بيوتهن ولا يخرجن وأما إن أردن أن يستحققن حقهن فيخرجن إلى موضع اليمين[9]، وقد حلف سحنون أمثال هؤلاء في أقرب المساجد إليهن[10].

وأما شيوخ الأندلسيين فرأوا أنه لا بد من خروج هؤلاء، فإن امتنعت[11]

=

12/ 135 و136، و13/ 200، و(تهذيب البراذعي): 3/ 615.

(1) في (م): (فقد).

(2) في (ح): (تخرج).

(3) في (ر2): (فبعث).

(4) في (ح): (كذلك).

(5) قوله: (أبو محمد) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ر2): (إنما لا).

(7) انظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب: 2/ 482.

(8) قوله: (النساء اللائي) يقابله في (م): (النساء التي).

(9) انظر: النهاية والتمام، وعبارته: (وقال ابن كنانة في المدنية في المرأة لا تخرج يدعى عليها بدعوى، فإنها تحلف في بيتها ولا تخرج، وأما إن أرادت أن تستحق حقاً بيمينها فلا بد من خروجها إلى مواضع الأيمان).

والتوضيح شرح جامع الأمهات، وعبارته: (وفي بعض النسخ: لا تخرج، ولم يذكر نهاراً، وهذا إنما هو فيما تطلب به المرأة من اليمين وجب عليها، فأما يمينها فيما تستحق به حقها، فلتخرج إلى موضع اليمين، نص عليه ابن كنانة في المدونة وغيره ولم يذكر فيه خلافاً).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 157.

(11) في (ح): (منعت).

حكم عليها حكم الملد[1].

قال القاضي رحمه الله: وليس هذا بصواب؛ لأنه إذا كان هذا واجباً[2] عندهم من خروجهن، فليجبر[3] مانعها على إخراجها، فإن لم يقدر عليه[4] فهي مكرهة على الخروج[5] فكيف يحكم عليها بحكم الملد[6] وكيف تؤخذ بذنب مانعها.

وقوله: [(وأما ما سألت عنه من المكاتب والمدبر وأمهات الأولاد فسنتهم سنة الأحرار إلا أني أرى أمهات الأولاد كالحرائر منهن من يخرج[7] ومنهن من لا تخرج[8])][9].

حمل بعضهم الكلام أولا على الذكران دون الإناث؛ ولهذا استثنى[10] أمهات الأولاد.

وعليه اختصر أبو محمد، وذهب آخرون أن الكلام على الذكران والإناث، وأنهم ما عدا أمهات الأولاد كالرجال في الخروج لليمين؛ ولهذا استثنى أمهات

---

(1) في (ر2): (تلكلط)، وفي (ح): (الملك).

(2) في (ر2) و(ح): (واجب).

(3) في (ح): (فيجبر).

(4) في (ح): (عليها).

(5) قوله: (على الخروج) ساقط من (م).

(6) في (ر2): (الملك).

(7) في (م): (يخرج).

(8) في (م): (يخرج).

(9) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 488، و(العلمية): 4/ 6، و(السعادة/ صادر): 12/ 136، و(تهذيب البراذعي): 3/ 615.

(10) في (ح): (استثناء).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الأولاد؛ لأن لهن حرمة ساداتهن وأبنائهن كحرمة الحرائر[1]، ومن عداهن من المكاتبات والمدبرات والسراري[2] فكالذكران من الرجال، وإليه ذهب ابن محرز.

ووقع في كلام ابن القاسم في هذه المسألة في كتاب الشهادات: [(وأما ما سالت عنه من المدبرة والمكاتبة وأمهات الأولاد فسنتهن[3] سنة الأحرار)][4]، وهو محتمل.

وقوله في النساء: [(أما كل شيء له بال فيخرجن فيه إلى المسجد)][5]؛ ذهب بعض مشايخنا أنهن بخلاف الرجال، وأن الذي له بال في حقهن إنما هو المال الكثير، وأما لدينار[6] ونحوه فلا يحلفن فيه في المسجد الجامع.

وكذا قال محمد في[7] كتاب ابن حبيب: إنهن كالرجال، يحلفن في الجامع في ربع دينار فصاعداً، وبه فسر أبو محمد ما له بال من المال[8].

وقوله: [(إنه يجزئ[9] في استحلاف القاضي لهن توجيه

---

(1) في (ر2): (الحرام).

(2) في (ر2): (السرائر في)، وفي (ح): (السرائر).

(3) في (ر2): (فسنتهم).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 86، و(العلمية):/ 56، و(السعادة/ صادر): 5/ 200.

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 488، و(العلمية): 4/ 6 و 4/ 56، و(السعادة/ صادر): 12/ 136 و 13/ 200، و(تهذيب البراذعي): 3/ 615.

(6) في (ح): (ربع دينار).

(7) في (ر2): (وفي).

(8) انظر: النوادر والزيادات 8/ 155-157.

(9) في (ح): (يجري).

واحد[1])][2]، يدل على أحد قوليه في هذا الأصل فيمن يوجهه القاضي للإحلاف والحيازات والأعذار[3] والنظر في[4] العيوب والترجمان والقائف[5] أنه يجزئ في ذلك واحد.

وقوله في الذي: [(استحلف خصمه وهو يعلم ببينته الغائبة تاركاً لها: لا حق له هذا الترك عند أكثرهم، الذي[6] أراد تركه القيام بها مع علمه والاحتجاج بها)] [7]، ويدل عليه قوله مثل هذا في الحاضرة، وقال آخرون: لا يكون تركا إلا بتصريحه[8] بترك القيام بها.

قال فضل: ولو حلفه ولم يذكرها وعلم بعلمه بها فقدمت، فإن كانت[9] حين حلفه غائبة غيبة بعيدة بحيث ما لو رفع ذلك إلى الحاكم لقضى[10] له باليمين، وإن[11] لم ينتظرها[12] قضي له الآن[13] بالبينة ونحوه لابن حبيب،

(1) قوله: (توجيه واحد) يقابله في (ح): (رجلا واحدا).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 488، و(العلمية): 4/ 6، و(السعادة/ صادر): 12/ 136.

(3) في (ح): (الإعذار).

(4) في (م): (و).

(5) في (ر2): (والغائب).

(6) في (م) و(ر2): (الذي).

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 490 و491، و(العلمية): 4/ 7، و(السعادة/ صادر): 12/ 137، و(تهذيب البراذعي): 3/ 599

(8) في (ر2): (تصريحه).

(9) في (ر2): (كان).

(10) في (ر2): (ليقضى).

(11) قوله: (إن) ساقط من (م).

(12) قوله: (وإن لم ينتظرها) يقابله في (ر2): (ولم يشترطها).

(13) قوله: (الآن) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وهذا يدل على صحة التأويل الثاني.

وقوله آخر المسألة: [(قال سحنون: والقول قول صاحب الدين أنه لم يعلم ببينته[1])].

صح هذا في كتاب ابن سهل لأحمد بن خالد وابن أيمن عن ابن وضاح، ولم يكن عند غيرهما، ولا في كتاب ابن عتاب، وهو صحيح على الأصل[2].

و[(الصديق[3] الملاطف)][4] هو المختص بالرجل الذي يلاطف كل واحد منهما صاحبه.

ومعنى الملاطفة[5]: الإحسان والبر والتكرمة، وهو أحد معانى[6] تسميته تعالى لطيفاً، ولو كانت هذه الملاطفة من أحدهما للآخر كانت مسألة الأخوين اللذين ينال[7] أحدهما بر الآخر، وصلته.

واللوث في شهادة القتل ما لم يبلغ مبلغ القطع فيه مما تكون[8] فيه القسامة، كالشاهد الواحد والشهادة على قول المقتول أو[9] دليل يدل على قوله[10] [180/ أ].

---

(1) في (ر2) و(ح): (ببينة).

(2) في (ر2): (الأمل).

(3) قوله: (والصديق) يقابله في (ر2) و(ح): (وقوله الصديق).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 491، و(العلمية): 4/ 8، و(السعادة/ صادر): 12/ 138.

(5) في (ح): (الملاطف).

(6) في (م) و(ح): (معني).

(7) قوله: (الأخوين اللذين) يقابله في (ر2): (الأخير من الذي)، وفي (ح): (الذي يفال).

(8) في (ح): (يكون).

(9) في (ر2): (و).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 484، و(العلمية): 4/ 4، و(السعادة/ صادر): 12/ 133.

واختلف المذهب عندنا، والروايات[1] عن مالك، هل يشترط في هذا الشاهد الواحد العدالة أم لا؟ وإنما سمي لوثاً من القوة، واللوث القوة كأنه قوى بها دعوى[2] المقتول أو[3] القائم بدمه.

و[(شرو[4])][5] الشيء - بفتح الشين، وسكون الراء - مثله ونظيره.

والبطون المذكورة في مسالة[6] الاستثناء؛ هي الأحشاء.

وقوله: [(في الموسم يقام بشهادة رجلين)] [7]؛ يعني إقامة الحج والوقوف بعرفة.

والموسم: السمة، وهي العلامة إما لأن لأهل[8] الحج علامات الإحرام أو لأن الموسم علامة باستهلال الهلال.

والقيان: المغنيات، والأمة: القينة[9] وأصل القينة الأمة.

و[(صاحب قيان)][10]: هو الذي يكن عنده يكريهن ممن يغنين له[11]،

---

(1) في (ر2) و(ح): (الرواية).

(2) في (م): (قول)، وفي (ح): (دعواة).

(3) في (ح): (و).

(4) في (ر2): (وشروى).

(5) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 493، و(العلمية): 4/ 8 ، و(السعادة/ صادر): 12/ 139.

(6) في (ح): (مسألة).

(7) انظر : المدونة، (زايد): 8/ 495، و(العلمية): 4/ 10، و(السعادة/ صادر): 12/ 140، و(تهذيب البراذعي): 1/ 351.

(8) في (ح): (أهل).

(9) قوله: (والأمة: القينة) ساقط من (ر2) و(ح).

(10) انظر: المدونة (زايد): 8/ 501، و(العلمية): 4/ 12، و(السعادة/ صادر): 12/ 143، و(تهذيب البراذعى): 3/ 616.

(11) في (ح): (عنده).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقد يحتمل أنه الذي يستعملهن للغناء، ويسمعهن دائما[1] كن له أو لغيره.

وابن خلدة - بفتح الخاء واللام - كذا ضبطناه - هنا - عن شيوخنا، وقيده أبو نصر الحافظ - بسكون اللام - قال: واسمه عمر بن حفص.

ومسألة الشهادة في الوصية[2] وتفسيرها في كتاب الشهادات[3] وكذلك مسألة ورثة[4] المتحملين[5] وأهل الحصن في كتاب المواريث.

وقوله: [(أرأيت لو أن داراً في يدي ورثتها عن[6] أبي[7] فأقام ابن عمي البينة[8] أنها دار جدي، وطلب مورثه، قال: هذا من وجه الحيازة التي أخبرتك[9])][10].

ذهب بعض الشيوخ أن مذهبه في الكتاب من هذا اللفظ[11] أن الحيازة من[12] الأقارب كالأجنبيين سواء[13]، والخلاف فيها معلوم.

---

(1) قوله: (دائما) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 26، و(العلمية): 4/ 27، و(السعادة/ صادر): 13/ 164، و(تهذيب البراذعي): 3/ 590.

(3) في (ح): (الشهادة).

(4) في (ح): (وارثة).

(5) قوله: (ورثة المتحملين) يقابله في (ر2): (وراثة المحتملين).

(6) في (ح): (من).

(7) قوله: (عن أمي) يقابله في (ر2): (من أمي).

(8) في (ر2): (عمر للبينة).

(9) في (ح): (أجرتك).

(10) انظر: المدونة (زايد): 9/ 77 و78، و 8/ 501، و(العلمية): 4/ 12 و 4/ 52، و(السعادة/ صادر): 13/ 19، 5و12/ 143، و(تهذيب البراذعي): 3/ 610.

(11) في (ح): (اللفظة).

(12) في (ر2) و(ح): (بين).

(13) قوله: (سواء) ساقط من (ر2) و(ح).

وقوله: [(في الذي وجد خطه[1] في الكتاب ولم يذكر لا يشهد بها)][2]؛ أي على غير[3] بيان حتى يبين[4] أنه لا[5] يذكرها، وإنما يعرف أن[6] هذا خطه أو خط[7] يشبه خطه، كما قال: [(ولكن يؤديها كما قد[8] علم)][9]، ولا - أيضاً - يجب عليه[10] أن يؤديها كما علم إلا أن يكون على بصيرة ويقين من نفسه أنه لم يضعها مسامحة، وأنه لم يضع قط شهادته[11] مسامحة، ولا كتب اسمه إلا على صحة، وإن كان يعلم من نفسه أنه قد مر[12] به زمان[13] قبل عدالته يسامح[14] به في الشهادة والكتابة[15] على غير صحة، إما قلة ورع ودين أو جهالة، فإن هذا مما لا يحتاج إليه ثم راجع بصيرته، فلا يحل لهذا أن يؤدي شيئا

---

(1) في (ر2): (حظه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 505، و(العلمية): 4/ 13، و(السعادة/ صادر): 12/ 145، و(تهذيب البراذعي): 3/ 576.

(3) قوله: (غير) ساقط من (ر2).

(4) في (ر2): (يتبين له)، وفي (ح): (يتبين).

(5) في (م): (لم).

(6) قوله: (أن) ساقط من (ح).

(7) في (ر2) و(ح): (خطا).

(8) قوله: (قد) ساقط من (ر2).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 505، و(العلمية): 4/ 14، و(السعادة/ صادر): 12/ 145، و(تهذيب البراذعي): 3/ 576.

(10) في (ر2) و(ح): (له).

(11) في (ر2): (شهادة).

(12) في (ر2): (مر).

(13) في (ر2): (زمن).

(14) في (م): (تسامح).

(15) في (ح): (وإلقاء اسمه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وجده بخطه إلا ما ذكر من شهادته أو حقق من تاريخها أنه بعد توبته[1]، وتحقيق شهادته.

وكذلك كل من شهد[2] على خط نفسه عند من يجيزه أو على خط غيره في شهادة لا يصح من ذلك إلا ما ثبت أن كاتبها كان عدلاً في حين إيقاع تلك الشهادة ورسم ذلك الخط وتاريخه إن كانت مؤرخة، وإلا لم تقبل[3]؛ لأن إيقاعها - حينئذ - كأدائها ولا يغني تعديله بعد ذلك[4]؛ إذ لم يؤدها[5] ولا أديت عنه بعد تعديله، وذلك كله كالشهادة على شهادة الشهود التي لا يصلح[6] أن يشهد على شهادتهم، إلا إذا كانوا حين إشهادهم عليها عدولاً، وإلا لم تصح.

وكلامه في هذه المسألة المتقدم يدل أنه لا يجيز العمل بالشهادة على خط الشاهد؛ إذ منعه من ذلك بالشهادة[7] على خط نفسه أشد في الباب، وسيأتي[8] بعد هذا ما[9] يدل على خلافه والخلاف في مذهبنا، ومذهب أهل المدينة وغيرهم فيها معلوم.

وقوله: [(يستقيل من شهادته)][10]؛ أي يطلب الإقالة من أدائها، ويخبر

---

(1) في (م): (ترتبه).

(2) في (ر2): (شاهد).

(3) في (ر2): (يقبل).

(4) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

(5) في (ر2): (يردها).

(6) في (ر2): (تصلح)، وفي (ح): (يصح).

(7) في (ر2): (فالشهادة).

(8) في (ر2): (وما).

(9) قوله: (هذا ما) يقابله في (ر2): (ذلك).

(10) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 504، و(العلمية): 4/ 13، و(السعادة/ صادر): 12/ 145،
=

أنه رجع عنها.

و[(ولاة المياه)] [1]؛ ولاة البوادي[2] الذين يسكنون على المياه خلاف أهل الأمصار.

وقوله في: [(القاضي إذا عزل أو مات، وقد أثبت شهادات في ديوانه[3] أن من ولي بعده لا يجيز شيئا منها إلا أن تقوم عليه البينة)][4] قال بعض شيوخنا: انظر[5] هذا، فإن كان يريد تقديم البينة على خطوطهم ففيه[6] جواز الشهادة على خط الشهود، وإعمالها[7]، وليس هو مشهور مذهبه، وأصله في الكتاب على ما تقدم، وإن كان يريد شهدوا[8] على إيقاع الشهود لهذه الشهادة عند القاضي فيقوم من هذا الموضع جواز الشهادة على مثل هذا والخلاف فيه معلوم - أيضا - في غير المدونة، كما قدمناه قبل وقد يكون قيام البينة بإشهاد القاضي المتوفى إياهم بقبولها[9].

وقوله: [(فإذا[10] نكل أحلف المشهود له الطالب، وثبت له الشاهدان، =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 576.

(1) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 507، و(العلمية): 4/ 15، و(السعادة/ صادر): 12/ 146.

(2) في (ر2): (الموادي).

(3) في (ر2): (دوائه).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 505، و(العلمية): 4/ 14، و(السعادة/ صادر): 12/ 145، و(تهذيب البراذعي): 3/ 576.

(5) في (ح): (انظر).

(6) في (ح): (فهي).

(7) في (م) و(ر2): (وأعمالها).

(8) قوله: (شهدوا) يقابله في (م): (حتى يشهدوا)، وفي (ح): (اشهدوا).

(9) في (ر2): (فقبلوها).

(10) في (ح): (فإن).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ونظر فيهما[1] القاضي المحدث بحال ما كان المعزول ينظر)][2].

أفادت هذه المسألة بناء القاضي على حكم من قبله، وأنه لا يلزمه الاستئناف، وابتداء النظر.

وكذلك إن انتقل إلى خطة حكم من خطة حكم[3]، وقد نظر في صدر من الخصومة في الخطة الأولى[4] بين يديه وبهذا أفتى ابن عتاب[5]، وغيره من القرطبيين ورأى غيرهم استئناف النظر ولا وجه له.

[180/ ب] وفي كتاب ابن[6] سحنون لأبيه في القاضي يعزل من مصر ويلي غيره دليل أنه يبني على ما ثبت عنده في ولايته تلك وهي حجة للأول[7].

وقوله في الكتاب: [(إذا تبين للقاضي أن الحق في غير ما قضى به رجع[8] فيه، وإنما لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف فيه)][9].

حمل أكثرهم مذهبه في الكتاب على[10] أن الرجوع له، كيف كان حاله من

---

(1) قوله: (ونظر فيهما) يقابله في (ر2): (وينظر فيه)، وفي (ح): (فيه).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 505، و(العلمية): 4/ 14، و(السعادة/ صادر): 12/ 145 و146، و(تهذيب البراذعي): 3/ 577.

(3) قوله: (خطة حكم) يقابله في (م): (خطه).

(4) في (ر2): (الأول).

(5) انظر: الإعلام بنوازل الأحكام: 28.

(6) قوله: (ابن) ساقط من (ح).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 97.

(8) في (ر2): (ورجع).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 502، و(العلمية): 4/ 13، و(السعادة/ صادر): 12/ 144، و(تهذيب البراذعي): 3/ 575.

(10) قوله: (على) ساقط من (ح).

وهم أو انتقال رأي وهو قول مُطرِّف، وعبد الملك[1]، ويكون قوله بعد هذا[2]: وإنما لا يرجع فيما قضى به غيره، وعلى هذا اللفظ ذكر المسألة في كتاب عبد الرحيم[3]، وعليه اختصر أبو محمد وغيره خلاف ما ذهب إليه سحنون.

وحكى - أيضاً - عن عبد الملك في تفريقهما، وأنه إنما يرجع فيما حكم به وهما[4]، وغلطا[5] لا فيما انتقل[6] فيه اجتهاده، وهذا أقرب، وأظهر[7] للصواب؛ إذ لو ساغ[8] ما تأولوه أولاً، وقال به[9] من قال لما استقر لحاكم حكم، ولما كان أحد على وثيقة من الحكم له بشيء، ولأنه إنما حكم أولا باجتهاد، وغلبة[10] ظن فلا يرجع[11] عنها لمثلها، بخلاف ما لو حكم تخمينا، وحدسا[12] فهذا ينقضه هو ومن بعده لا[13] يختلف في هذا إذا ثبت ذلك عليه من حكمه، وبخلاف ما خالف اجتهاده فيه الكتاب والسنة والإجماع[14] أو

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 97.

(2) قوله: (هذا) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (عبد الرحيم) يقابله في (ر2) و(ح): (الرجم).

(4) في (ر2): (هلا)، وفي (ح): (جهلا).

(5) في (ح): (أو غلطا).

(6) في (ح): (نقل).

(7) قوله: (أقرب، وأظهر) يقابله في (ر2): (أظهر وأقرب).

(8) في (ر2): (سوغ).

(9) قوله: (به) ساقط من (ح).

(10) في (ر2): (عليه).

(11) في (ح): (يخرج).

(12) في (ر2): (حرس).

(13) في (ح): (ولا).

(14) قوله: (والإجماع) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

حكم بشذوذ مما اختلف الناس فيه فهذا ينقضه هو ومن بعده، وكذلك عندي إذا كان الحاكم يلتزم مذهباً، ويحكم بتقليده،[1] لا[2] باجتهاده فحكم بحكم يرى[3] أنه مذهبه وغلط فيه، فله هو نقضه دون غيره.

وقال آخرون: قد يحتمل أن معنى قوله: أنه[4] إنما رجع[5] فيما كان جورا بينا، بدليل قوله: وإنما لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف فيه[6]، ويبقى هذا اللفظ على وجهه، وابن عبد الحكم يرى أنه لا يرجع في شيء من حكمه[7] ولا ما[8] اختلف فيه، إلا في الجور البين، الذي ينقضه من جاء بعده[9].

وقوله في: [(السلطان الأعلى الذي ليس فوقه سلطان، إذا رأى حدا[10] رفعه إلى القاضي)][11]

وقال مثله في كبير[12] مصر يرفع إلى القاضي، وقال في القاضي يرفع إلى

---

(1) في (ر2): (بتقليد).

(2) في (ر2): (ولا).

(3) في (ح): (يدل).

(4) في (ر2): (إنه).

(5) في (ح): (يرجع).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 502، و(العلمية): 4/ 13، و(السعادة/ صادر): 12/ 144، و(تهذيب البراذعي): 3/ 575 .

(7) قوله: (من حكمه) يقابله في (ح): (حكم لا).

(8) في (ر2): (ولا).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 8/ 96.

(10) في (ح): (أحدا).

(11) انظر: المدونة (زايد): 8/ 509، و(العلمية): 4/ 16، و(السعادة/ صادر): 12/ 148.

(12) في (ر2) و(ح): (أمير).

من فوقه، وكذلك[1] قال في السلطان[2].

وقال بعضهم: إن مذهبه في الكتاب أن أحداً[3] لا يرفع إلى من دونه، وتحت يده، إلا في[4] السلطان الأعظم للضرورة إلى ذلك.

وسحنون يقول فيه: هذا حد[5] لا يقام أبداً، وأراه هدراً[6]، واعتمد هذا القائل على ظواهر ألفاظ الكتاب، وحمل قوله في[7] والي مصر: أن القاضي من تقديم أمير المؤمنين.

وقال بعضهم: يجوز أن يرفع إلى من دونه كما يفعل أمير المؤمنين.

وقد يستدل بقوله في والي مصر يرفع إلى القاضي، وقد ذكر في المسألة الأخرى في والي الإسكندرية إذا استقضى قاضياً أو قضى به والي الإسكندرية[8] أنه يجوز[9] فقد بين[10] أن تقديمه[11] القضاة[12] من قبل الولاة كانت عادتهم، وعليه تكلم

---

(1) في (ر2): (كذا).

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 509، و(العلمية): 4/ 16، و(السعادة/ صادر): 12/ 148، و(تهذيب البراذعي): 3/ 579.

(3) في (ر2): (حدا).

(4) قوله: (في) زيادة من (ح).

(5) في (ر2): (حدا).

(6) في (ر2): (مطرا).

(7) في (م): (في).

(8) قوله: (إذ استقضى ... الإسنكدرية) ساقط من (ر2).

(9) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 507، و(العلمية): 4/ 15، و(السعادة/ صادر): 12/ 146، و(تهذيب البراذعي): 3/ 578.

(10) قوله: (فقد بين) ساقط من (م).

(11) في (م): (تقدمه)، وفي (ح): (تقديم).

(12) في (ر2): (القضاء).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وكذلك كانت سيرة بني أمية، تفويض تقديم القضاة إلى الولاة إلى أن ولي بنو العباس فصار تقديم القضاة في قواعد الأمصار من قبلهم.

وقوله: ويستحسن أن تستقضي[1].

(1) في (م): (أن يقضى).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الشهادات

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الشهادات

الشهادة: معناها البيان، وبه سمي الشاهد؛ لأنه يبين الحكم والحق من الباطل، وهو أحد معاني تسميته تعالى شهيداً، وإليه أشار بعضهم في معنى قوله: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ﴾ [آل عمران: 18]؛ أي بين.

وقيل: هو في الآية، وفي الاسم العزيز بمعنى العلم[1]، وقد[2] يصح هذا في اسم الشاهد لعلمه بالقضية التي شهد بها.

وشروط[3] الشهادة العامة الجائزة في كل شيء ثمانية: البلوغ والعقل والذكورية والحرية[4] والإسلام والعدالة، وضبط الشهادة حين الأداء، وحين السماع، وارتفاع الظنة من عداوة خاصة للمشهود عليه أو ولاية خاصة للمشهود[5] له.

وقد تنخرم[6] بعض هذه الشروط في بعض النوازل.

وشروط العدالة أربعة: صدق اللهجة، واجتناب الكبائر، وتوقي[7] المثابرة على الصغائر، والتزام مروءة مثل الشاهد.

اشتراطه في شهادة الأخ أول الكتاب التبريز[8]، ولم يشترطه[9] أثناءه.

---

(1) في (ح): (العليم).

(2) في (ر2): (وفي).

(3) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (والحرية) زيادة من (ر2) و(ح).

(5) في (ر2): (للشهود).

(6) في (ح): (ينخرم).

(7) في (ح): (وترك).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 6، و(العلمية): 4/ 18، و(السعادة/ صادر): 5/ 152، و(تهذيب البراذعي): 3/ 583.

(9) في (ح): (يشترط).

وكذلك اختلف قوله في اشتراطه في غير هذا الكتاب، فحمله بعضهم على أنه خلاف، [181/ أ] وأنهما قولان له[1] مرة اشترط التبريز في شهادتهم له في المال والتعديل ومرة لم يشترطه، كما قال في رواية ابن وهب: ولا بأس بحاله[2]، فهذا نص أنه لم[3] يشترط التبريز.

وجاء في كتاب الشفعة في بعض الروايات[4]: [(أيجوز لي[5] أن يشهد لي[6] في وكالتي أبي أو ابني زيادة أو أخي أنه لا يجوز له إن كان هو الوكيل)][7].

قال أبو عِمرَان: معناه أنه غير مبرز، وحمل كلامه أولاً غير واحد على اشتراط التبريز على كل حال، وهو الأظهر لكنه مرة بينه، ومرة أهمله، وترك ذكره اكتفاء بما بينه قبل.

وعلى اشتراطه اختصره الأكثرون، وحملوا التعديل على تعديل أخيه في الشهادة، كما قال ابن القاسم في سماع عيسى، ورواية زياد، وابن نافع عن مالك[8]، خلاف ما ذهب إليه أَشْهَب من أنه لا يجوز تعديله له[9]؛ لأن شرف أخيه شرف له، ومثله لعبد الملك في المبسوط[10].

---

(1) قوله: (له) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 12، و(العلمية): 4/ 21، و(السعادة/ صادر): 5/ 156.

(3) قوله: (أنه لم) يقابله في(ح): (ثم إنه).

(4) في (ح): (روايات).

(5) قوله: (لي) ساقط من (ر2) و(ح).

(6) في (ح): (الموجودة).

(7) انظر: المدونة، (زايد):9/ 485، و(العلمية):4/ 256، و(السعادة/ صادر):14/ 451، و(تهذيب البراذعي): 4/ 167.

(8) قوله: (عن مالك) ساقط من (ح).

(9) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(10) في (ح): (المبسوطة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال بعضهم: المراد بالتعديل – هنا – تعديل من شهد لأخيه، فيكون من باب المال ويكون غير خلاف لأَشْهَب.

وقد قيل[1]: لا تقبل شهادة الأخ لأخيه جملة كالابن مع أبيه، وهو في آثار المدونة فيها ولشريح في المسألة قولان[2].

وقيل: تجوز[3] في اليسير دون الكثير.

وقد[4] اختلف في شهادته له في الحدود والقصاص وغير المال بما هو مسطور.

وقول شريح في الكتاب[5]: [(لا تجوز شهادة العبد لسيده)][6]، قالوا فيه دليل على أنه تجوز[7] عنده لغير سيده.

وقوله في آثار[8] الكتاب: [(تجوز[9] شهادة المسلمين على الكفار)][10]؛ هذا مما لا يختلف فيه، وعداوة الدين غير معتبرة؛ لأنها[11] عامة غير خاصة،

---

(1) قوله: (قد قيل) يقابله في(ح): (قال).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 6و11، و(العلمية): 4/ 18و21، و(السعادة/ صادر): 5/ 152و 156.

(3) في (ر2) و(ح): (يجوز).

(4) في (ح): (كذا).

(5) قوله: (في الكتاب) ساقط من (ح).

(6) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 6، و(العلمية): 4/ 18، و(السعادة/ صادر): 13/ 152.

(7) في (ر2): (يجوز).

(8) في (م): (إثر).

(9) في (ر2): (يجوز).

(10) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 13، و(العلمية):4/ 22، و(السعادة/ صادر):13/ 157. و(تهذيب البراذعي): 3/ 586.

(11) في (ر2): (لأنه).

وإنما تعتبر العداوة الخاصة.

واختلف إذا طرأت بين المسلمين والكفار[1] عداوة حديثة في بعض الأمور فاعتبرها بعضهم، ولم يجز[2] الشهادة وهو الصحيح؛ لأنه أمر خاص وبعضهم لم يعتبرها[3] ولا قدحت[4] عنده؛ إذ[5] العداوة الأولى في الدين أشد، وهي ثابتة غير مؤثرة[6] فما زاد عليها غير معتبر[7] عنده.

وقوله [(مبرزاً)][8]؛ كذا هو بكسر الراء[9] المشددة؛ أي ظاهر العدالة سابقاً[10] غيره متقدماً فيها، وأصله من تبريز الخيل في السبق، وتقدم[11] سابقها وهو المبرز[12]؛ لظهوره وبروزه أمامها.

وأشهل بن حاتم، بشين معجمة.

والقانع - هنا[13] - السائل قال الله تعالى: ﴿وَأَطْعِمُوا ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾

---

(1) قوله: (المسلمين والكفار) يقابله في (ر2) و(ح): (المسلم والكافر).

(2) في (ر2): (تجز).

(3) في (ر2): (يعتد بها).

(4) قوله: (ولا قدحت) يقابله في (ر2): (ولا قد وجب)، ويقابله في (ح): (توجب).

(5) في (ح): (لأن).

(6) في (ر2): (معتبرة).

(7) في (ر2): (معتبرة).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 6، و(العلمية): 4/ 18، و(السعادة/ صادر): 13/ 152، و(تهذيب البراذعي): 3/ 583.

(9) في (ر2): (الزا).

(10) في (ر2): (فائقا).

(11) في (ر2): (ويقوم).

(12) في (ر2): (المبروز).

(13) في (ر2): (منها)، وفي (ح): (هو).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

[الحج: 36]. قيل: هو السائل. وقيل: هو الذي يقنع بالقليل من السؤال.

والمعتر الذي يتعرض[1] للسؤال، وحفص بن غياث بغين معجمة مكسورة وياء مخففة، وآخره[2] ثاء مثلثة.

وحلام العبسي، بفتح الحاء المهملة، وتشديد اللام، والعبسي[3] - هنا - بباء بواحدة[4].

والحكم بن عتيبة - بضم العين، بعدها تاء باثنتين فوقها مفتوحة - مصغر من عتبة، وعقيل عن بن[5] شهاب، بضم العين.

وعيسى بن أبي[6] عزة، بفتح العين والزاي.

ونزي في جرحه - بضم النون، وكسر الزاي، وتخفيفها - ومعناه: سال دمه، ولم يقدر على قطعه.

وقوله في باب شهادة ذوي القرابة: [(قال مالك في الأخ: وفسره في حالاته؛ يعني[7] ما بينه في الحالات التي تجوز فيها شهادته ولا تجوز، ثم قال: وقال في الشهادات: وما[8] لا يجوز)][9] إلى آخر ما ذكره في الباب.

---

(1) في (ر2) و(ح): (يعترض).

(2) قوله: (وياء مخففة، وآخره) ساقط من (ح).

(3) في (م) و(ر2): (العبس).

(4) في (ح): (واحدة).

(5) في (ح): (ابن).

(6) قوله: (أبي) ساقط من (ح).

(7) في (م): (بغير)، وفي (ر2) غير واضحة.

(8) قوله: (ما) ساقط من (ر2).

(9) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 10، و(العلمية): 4/ 20، و(السعادة/ صادر): 13/ 155، و(تهذيب البراذعي): 3/ 585

كذا عند إبراهيم بن باز[1]، وعند ابن وضاح، وقال غيره في الشهادات: وساق[2] الكلام والغير - هنا - هو عبد الملك، وكذلك[3] قوله في باب شهادة الشاهد على الشهادة[4]: [(قال غيره: ألا ترى أنه لو جاز[5] متى[6] تثبت له الشهادة)][7]؛ كذا لابن وضاح، وسقط لفظ غيره لغيره.

وقوله في شهادة النساء: [(وقال أَشْهَب: مثل قول ابن القاسم في شهادتهن على الشهادة)][8]؛ يريد أنه في هذا وافقه فقط.

وخالفه في شهادتهن على الوكالات[9]، وبينه قول سحنون بعد في شهادة الوصيين والوارثين[10] لوصي آخر [(وقد أخبرتك قبل أن شهادة النساء على غير المال ليست جائزة)][11] إلى آخر كلامه.

وقال في كتاب محمد: لا تجوز شهادتهن في الوكالة على المال، وأجاز نقلهن

---

(1) في (م): (إبراهيم وابن باز).

(2) في (ر2): (وسياق).

(3) في (ح): (كذا)، وفي (ر2): (قال كذلك).

(4) في (ح): (الشاهد).

(5) في (م): (كان).

(6) في (م) و(ر2): (حتى).

(7) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 19، و(العلمية): 4/ 24، و(السعادة/ صادر): 13/ 160، و(تهذيب البراذعي): 3/ 586، ونصه: (وتجوز الشهادة على الشهادة)

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 20، و(العلمية): 4/ 24، و(السعادة/ صادر): 13/ 160 و161، و(تهذيب البراذعي): 3/ 588.

(9) في (ر2): (الوكالة).

(10) في (ح): (أو الوارثين).

(11) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 27، و(العلمية): 4/ 27، و(السعادة/ صادر): 13/ 165، و(تهذيب البراذعي): 3/ 591.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

مع رجل في ذلك إذا زكى الذي نقلن عنه غيرهن[1].

وقاله عبد الملك، واستدل بعض الشيوخ من جواز[2] نقلهن الشهادة عن غيرهن بجواز[3] نقل الرجل عن من لا يعدله؛ إذ تعديل النساء لا يجوز باتفاق، وهذا لا حجة فيه؛ إذ[4] منع تعديلهن إنما هو للسنة[5]، وإذ قد يكون الرجل معروف العدالة، وإذ ليس كل من يشهد على شهادة غيره تعرف[6] عدالته.

وقد قيل: إنه إذا لم يعدل الشاهد من[7] شهد على شهادته فهي ريبة في شهادته والصواب جوازها لما ذكره.

وقوله [181/ ب] في: [(شهادة النساء في الوصية: إن كان فيها إيضاع[8] نساء[9] لم تجز[10])][11]؛ ظاهره لم تجز[12] في الجميع وعليها حملها[13] شيوخنا واختصروها،

(1) في (ر2): (غيرهم).

(2) في (ر2): (جوازه).

(3) في (ح): (لجواز).

(4) في (ر2): (إذا).

(5) في (ر2): (السنة).

(6) في (ر2): (يعرف).

(7) قوله: (الشاهد من) يقابله في (ر2): (الشاهدين).

(8) في (ح): (أبضاع).

(9) في (ر2): (النساء).

(10) في (ر2) و(ح): (يجز).

(11) انظر: المدونة (زايد): 5/ 76، و(العلمية): 2/ 94، و(السعادة/ صادر): 5/ 44، و(تهذيب البراذعي): 3/ 591.

(12) في (ر2) و(ح): (يجز).

(13) في (ر2): (حمل).

وهو مثل قول أَشْهَب في رواية البرقي في الشاهد[1] الواحد في وصية فيها عتق، ووصايا وهذا خلاف أصله في الشهادة، إذا ردت[2] للسنة لا للتهمة أنها تجوز فيما لا ترد فيه، كمسألة [(شهادتهن مع رجل[3] على السرقة[4] أنه يضمن المال، ولا[5] يقطع)][6]، وكذلك[7] قال في الذي [(يشهد[8] على وصية رجل، وفيها عتق ووصايا لقوم أنها تجوز للقوم ولا تجوز في العتق)][9]، وأصله جوازها عنده في الإيصاء والوصية بالمال، وما[10] ههنا[11] خلاف له، وعلى هذا[12] حمله بعض[13] شيوخنا.

ومعنى أبضاع النساء: كناية عن الفروج والبضع بالضم[14]: الفرج يريد

---

(1) في (م): (شهادة).

(2) في (ر2): (أردت).

(3) في (ح): (الرجل).

(4) في (ح): (السراق).

(5) في (ر2): (فلا).

(6) انظر: المدونة (زايد):9/ 29، و(العلمية): 4/ 29، و(السعادة/ صادر):13/ 166، و(تهذيب البراذعي): 3/ 592.

(7) في (ح): (وكذا).

(8) في (ر2): (شهد).

(9) انظر: المدونة (زايد):9/ 31 و32، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 13/ 167، و(تهذيب البراذعي): 3/ 590.

(10) في (ح): (فما).

(11) قوله: (وما هاهنا) يقابله في (ر2): (فهاهنا).

(12) في (ح): (ذلك).

(13) في (م): (جلة).

(14) في (ر2): (بضم الباء).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الإيصاء على إنكاحهن.

وقوله في: [(الوارث المقر بدين على الميت: إن كان سفيها لم تجز شهادته، ولم يرجع عليه في حظه)][1].

قالوا: ظاهره اشتراط الرشد في العدالة، وهو قول أشهب وأن شهادة السفيه لا تجوز، وإن كان عدلاً في نفسه، وأجازها مالك، وفي[2] كتاب التفليس في باب [(الشهادة على الميت بدين قبول[3] شهادته، وإن كان سفيها)][4].

وقوله في: [(الوصي إذا شهد للميت بدين على الناس: إذا كان الورثة كباراً عدولاً، جازت شهادته، إذا كان لا يجر بشهادته شيئا يأخذه)][5].

قال بعض شيوخنا: ظاهره أن من شرط الرشد العدالة، ومعناه عندي الرضى[6] في أحواله لا عدالة الشهادة، وقد اختلف في هذا:

فمذهب المدنيين - ابن كنانة وابن الماجشون ومُطرِّف - أن الرشد في الدين والمال معاً، وإن كان حسن النظر في ماله، وهو يشرب الخمر فليس

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 26، و(العلمية): 4/ 27، و(السعادة/ صادر): 13/ 164، و(تهذيب البراذعي): 3/ 590.

(2) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(3) في (ح): (قبل).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 111، و(السعادة/ صادر): 13/ 214 و215، و(العلمية): 4/ 67، و(تهذيب البراذعي): 3/ 626.

(5) انظر: المدونة (زايد): 10/ 150، و(العلمية): 4/ 337، و(السعادة/ صادر): 15/ 22، و(تهذيب البراذعي): 3/ 591.

(6) في (ر2): (الوصي).

برشيد، ولا يخرجه ذلك من الحجر، وقاله ابن حبيب.

وذهب ابن القاسم إلى أن الرشد في المال خاصة، فإذا ظهر منه حسن النظر فيه استحق الإطلاق من الحجر، وإن كان خبيثاً فاسقاً، إذا كان[1] لا يبذره في ذلك، ولا[2] يحجر على مثل هذا، وإن[3] كان له مال أخذه.

وقال[4] أصبغ مثله[5]، وقال أصبغ - أيضا - إذا كان لا يبذره[6] حسن النظر لماله[7]، وفيه بعض الاستتار مستوياً[8]، خرج من الولاية، وإن كان ظاهر الفسق[9] والفساد لم تقطع[10] عنه الولاية، واستحسنه ابن مزين.

وقال بعضهم: اشتراطه في الكتاب أن يكونوا عدولاً، إنما أراد الوجه الذي لا يختلف فيه أنه لا يحجر عليهم فتنتفي التهمة عن الوصي في شهادته، وإذا لم يكونوا عدولاً فمسألة مختلف فيها.

من العلماء[11] من يرى أن يحجر عليهم، وإن كانوا ناظرين في أموالهم فتكون التهمة قائمة للأوصياء لكون الورثة[12] معرضين[13] للإيصاء.

---

(1) قوله: (إذا كان) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (فلا).

(3) في (م): (أو).

(4) قوله: (و) ساقط من (ح).

(5) قوله: (وقال أصبغ مثله) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (لا يبذره) زيادة من (ر2).

(7) في (ر2): (بماله).

(8) قوله: (الاستتار مستويا) يقابله في (ر2): (الاستثنا ومشوبا).

(9) في (ر2) و(ح): (الفسوق).

(10) في (ر2): (يقطع).

(11) قوله: (من العلماء) ساقط من (ح).

(12) في (م): (الوصية).

(13) في (ر2): (مقربين).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي باب شهادة الصبيان بإثر قول ابن نافع [(قال سحنون: قال ابن نافع[1]: وهذا[2] هو[3] الصواب، وهو[4] الذي يعتمد عليه)][5]؛ ثبت هذا في كتاب ابن عتاب[6]، وسقط في نسخ.

وقوله: [(وبلغني[7] عن مالك أنه قال في الرجل إذا شهد لرجل في ذكر حق له فيه شيء: لم تجز شهادته له ولا لغيره وهذا مخالف للوصية)][8]، فإنما رد شهادته إذا كانت في ذكر حق على ما قاله بعض[9] الشيوخ، ولو كانت في حقين لجازت للأجنبي، وكذلك[10] لو أدى الشهادة لفظاً[11]؛ إذ لا يقدح ذكر ما له عليه، وإدخاله ذلك في شهادته فيما يشهد به لغيره إذا لم يكن حقاً واحداً.

ولا يختلف في رد شهادته لنفسه إذا شهد بها بشيء له ولغيره، كان الذي يشهد[12] به لنفسه حقيراً أو خطيراً، إلا ما في كتاب محمد أنه يجوز له، ولغيره إذا كان الذي له فيها يسيراً، كالوصية.

---

(1) قوله: (قال سحنون: قال ابن نافع) ساقط من (م).

(2) قوله: (هذا) ساقط من (ح).

(3) قوله: (هو) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (وهو) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة (العلمية): 4/ 26.

(6) قوله: (ابن عات) ساقط من (م).

(7) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 31، و(العلمية): 4/ 29، و(السعادة/ صادر): 13/ 167، و(تهذيب البراذعي): 3/ 593.

(9) قوله: (بعض) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (وكذا).

(11) قوله: (لفظا) ساقط من (م).

(12) في (ر2): (شهد).

وقيل: يجوز منها[1] شهادته لغيره فقط تخريجا[2].

ويحتمل أن معنى ما في كتاب محمد أنه تجوز له ولغيره[3]، ومعنى قول ابن القاسم في المدونة في الوصية أنه إن كان المشهود به[4] يسيراً أنه إن كان وحده حلف المشهود له، وأخذ ما شهد له به، وأخذ الشاهد ما شهد به لنفسه؛ لأنه كحق واحد، وهو فيه بحكم التبع[5] لغيره، وقد حلف الآخر على تصحيح شهادته، وإن كان معه غيره أخذ الآخر حقه بغير يمين لاجتماع شاهدين له، وأخذ هو حقه بغير يمين - أيضاً - لكونه تبعاً لحق صاحبه.

ولم[6] يختلف شيوخنا أن هذا معنى قول ابن القاسم، وهي بينة في رواية مُطرِّف في كتاب ابن حبيب.

وأما قول يحيى بن سعيد[7]، فاختلف في تأويله سحنون وغيره تأول أن معناه أنه إن كان وحده جازت شهادته[8] لغيره مع يمينه، ولم تجز[9] له هو، وإن كان معه غيره جازت لغيره دون يمينه، وله هو بغير يمين لحكم التبع، كحق ثبت بشاهدين.

---

(1) قوله: (منها) زيادة من (ر2) و(ح).

(2) في (م): (تجريحا).

(3) قوله: (أنه تجوز له ولغيره) زيادة من (م).

(4) قوله: (المشهود به) يقابله في (ر2): (للشاهد فيها).

(5) قوله: (بحكم التبع) يقابله في (ر2): (كحكم البيع).

(6) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 32، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 5/ 168، و(تهذيب البراذعي): 3/ 593.

(8) قوله: (شهادته) زيادة من (م).

(9) في (ر2): (يجز).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وتأول غيره أنه إذا[1] كان معه غيره[2] لم يأخذ هو حقه إلا بيمينه مع شهادة[3] صاحبه، ونحوه لمالك في المبسوط، وقاله عبد الملك.

ورواية ابن وَهْب في الكتاب مثل الرواية التي بلغت ابن القاسم عن مالك أنه متى شهد في الوصية، وله فيها حق كيف كان لم يجز له، ولا لغيره[4]، وهي إحدى[5] روايتي ابن نافع الأولى[6]؛ لأنه قال: لا أرى أن تجوز[7] في قليل ولا كثير، ونحوه لسحنون في نوازله، وما ههنا أبين؛ إذا[8] لم يبين[9] في رواية ابن وهب.

وأما[10] في الكتاب القليل من الكثير فيأتي في [182/ أ] المدونة قولان لمالك، وفيها قولان آخران على اختلاف التأويل على قول يحيى بن سعيد.

وأما إن كان ما شهد به لنفسه في الوصية كثيراً فشهادته مردودة في الجميع؛ للتهمة على المشهور.

---

(1) قوله: (إذا) ساقط من (ح).

(2) قوله: (جازت لغيره ... معه غيره) ساقط من (م).

(3) في (م): (شاهد).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 32، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 5/ 168، و(تهذيب البراذعي): 3/ 593.

(5) في (ر2): (أحد).

(6) في (ر2): (الأول).

(7) في (ر2): (يجوز).

(8) في (م): (إذ).

(9) في (ر2): (تبين).

(10) في (ر2) و(ح): (وما).

وقيل: تجوز[1] لغيره دون نفسه، وهو ظاهر ما حكاه ابن الجلاب في أحد الأقوال، وظاهر ما في المبسوط، ويتخرج على قول أصبغ - أيضا - وقول يحيى في الأثر الآخر: [(في قوم في سفر مات أحدهم فأوصى للقوم بوصية من مال له[2]، وليس لهم من يشهد على ما أوصى إلا بعضهم لبعض، قال: لا تجوز شهادة بعضهم لبعض، إلا أن يشهد معهم من ليس له في الوصية حق)][3].

فهذه مسألة أخرى لم يفصل فيها يحيى، كما فصل في الأولى[4] وكأنه[5] رآها من باب اِشهد لي، وأشهد لك فقويت التهمة، ويدل على هذا قول مالك إثر هذا آخر الباب: [(ولو جازت شهادته لجاء رجلان قد شهدا الوصية فيشهدان أنه قد أوصى لهما فيثبت حق كل واحد منهما مع يمينه)][6]، ويمنع جواز شهادة هؤلاء في هذه المسألة.

قال ابن عبد الحكم وغيره: كان لهما فيها يسيراً أو كثيراً ولمالك في كتاب محمد والمستخرجة إن كان الذي لهما في ذلك يسيراً جازت شهادتهما لهما ولغيرهما، وهو قول سحنون.

وقال أصبغ: إن شهدوا في كتاب بطل الجميع، وإن كان لفظاً حلف كل واحد مع شهادة الآخر، وأصل عبد الملك ومُطرِّف أنه لا تجوز شهادة الشهداء

---

(1) في (ر2): (يجوز).

(2) قوله: (مال له) يقابله في (ر2): (ماله).

(3) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 33، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 13/ 168، و(تهذيب البراذعي): 3/ 593 و594.

(4) في (ر2): (الأول).

(5) قوله: (و) زيادة من (ر2) و(ح).

(6) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 33، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 13/ 168.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بعضهم لبعض في مجلس واحد، وانظر فليس في قول يحيى بن سعيد أنهم شهدوا مع ذلك لغيرهم.

وقوله في هذا الباب في: [(رجل شهد على ميت أنه أوصى لقوم بوصايا، وأوصى للشاهد منها بوصية، وأوصى إليه وهو يشهد على جميع ذلك، قال: إذا كان الذي[1] لنفسه تافهاً لا يتهم على مثله رأيت شهادته جائزة)][2].

قال بعض الأندلسيين: هذه يردها قوله في باب شهادة القرابة في [(شهادة الأب أنه أوصى إلى[3] ابنه أنه لا يجوز)][4]، ولم يفصل بين قليل ولا كثير، وقال: هذا خلاف؛ إذ لا فرق بين الشهادة لنفسه أو لمن لا تجوز له ممن يتهم فيه.

قال القاضي رحمه الله: والذي عندي أنه ليس بخلاف؛ لأنه لم يجب هناك[5] على الوصية معينة لما سأله عنها، وإنما قال في جوابه: قال مالك: لا تجوز شهادة الأب لابنه ولا الابن لأبيه، فأجاب على[6] أصل المسألة، ولم يجب على سؤاله معينا، - وأيضا - فإن الشهادة هناك لمن لا[7] يتهم فيه مجردة ولا يختلف فيمن شهد بوصية مجردة لنفسه أو لمن لا تجوز له شهادته أنها لا تجوز وهنا إنما هي لنفسه ولغيره، ولا فرق بين الوصية له أو لابنه، إذا كان الذي يخصه من ذلك

---

(1) زاد في (ح): (يشهد).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 32، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 13/ 167 و168، و(تهذيب البراذعي): 3/ 594.

(3) قوله: (إلى) ساقط من (ح).

(4) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 9، و(العلمية): 4/ 20، و(السعادة/ صادر): 13/ 155، و(تهذيب البراذعي): 3/ 585.

(5) في (م): (هنا).

(6) في (م): (عن).

(7) في (م): (لا).

يسيرا فقد تكون الوصية إليه في تنفيذ يسير المال الذي لو أوصى بمثله[1] له في جملة وصية لم يتهم فيه على ما تقدم أو تكون على تنفيذ عتق رقبة أو شبه ذلك مما[2] لا يتهم[3] فيه في شهادته لنفسه بمثله أو يكون في حالة[4] من لا يشرف بإسناد الوصية إليه ونحو هذا لابن القاسم في المستخرجة، قال: إنما جازت شهادتهما، وفيها أنه أوصى إليهما إذا كانا ممن لو لم يوص[5] إليهما لوجب[6] على القاضي صرف ذلك إليهما.

وفي الباب قال ابن وهب: وسألت عنها مالكاً، فقال: [(لا تجوز شهادته لنفسه، ولا تجوز شهادة الموصى له ولا لغيره)][7]، زاد في كتاب ابن عيسى بعد قوله لنفسه ولا شهادة الرجل له[8] وكان في كتاب ابن عتاب ثابتا لابن باز وزاد بعده.

وقال مالك: لا تجوز شهادة الموصى إليه، ولصاحبه وثبتت هذه الزيادة في كتاب ابن سهل.

وفي آخر باب شهادة السماع في الولاء[9]: قال ابن القاسم: [(قال لي مالك

---

(1) في (ح): (لمثله).

(2) في (ر2): (ما).

(3) في (ر2) و(ح): (تهمة).

(4) في (ر2): (حاله).

(5) في (م): (تعرض).

(6) في (ر2): (الواجب).

(7) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 32، و(العلمية): 4/ 30، و(السعادة/ صادر): 13/ 168.

(8) في (م): (لنفسه).

(9) قوله: (الولاء) ساقط من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

في السماع في الولاء إنه جائز)][1]؛ ثبت[2] في كتاب ابن عتاب وفي أول الباب بعده.

وقال[3] أَشْهَب: [(وذلك إذا قدر على كشف[4] الشهود، فأما إن لم يقدر على كشفهم[5] من قبل موت الشهود قضى[6] بالمال وغيره)][7] كان هذا هكذا[8] ملحقا[9] مخرجا[10] في كتاب ابن عتاب، وليس في أكثر النسخ في هذا الكتاب، وهو صحيح بغير خلاف في كتاب الولاء.

وقوله في: [(الشهادة في[11] السماع: ولو كانت الشهادة على قوم عدول أشهدوهم لم يكن سماعا، وكانت شهادة)][12]، فتأمل قوله:

---

(1) انظر: المدونة، (زايد): 8/ 501، ، و(السعادة/ صادر): 12/ 143، و(العلمية):4/ 12: ونصها: (قال ابن القاسم: قال لي مالك في شهادة السماع في الولاء: إنها جائزة، قال سحنون: يريد في المال ليس في الولاء)، وذلك من كتاب الأقضية.

(2) في (ر2): (يثبت).

(3) قوله: (و) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (كتبه).

(5) في (ح): (كتبهم).

(6) في (ر2): (قضي).

(7) انظر: المدونة، (زايد):6/ 154، و(العلمية): 2/ 600، و(السعادة/ صادر):8/ 392، و(تهذيب البراذعي):2/ 631.

(8) في (م): (كذا)، قوله (هكذا) ساقط من (ح).

(9) في (ح): (ملحفا).

(10) قوله: (كان هكذا ملحقا مخرجا) ساقط من (ر2).

(11) في (م): (على).

(12) انظر: المدونة، (زايد):9/ 38، و(العلمية): 4/ 33، و(السعادة/ صادر): 13/ 171، و(تهذيب البراذعي):3/ 597.

أشهدوهم فإنما تكون[1] شهادة على شهادة[2] إذا أشهدوهم على شهادتهم[3]، وأما إن لم يشهدوهم، وإنما سمعوهم يذكرون ذلك فهي[4] شهادة السماع الذي يشترط فيها الاستفاضة عن العدول وغيرهم ممن سمعوه.

وقد قال محمد: وقد قيل: إنهم لا ينتفعون بشهادتهم؛ يعني بالسماع[5] حتى يعرفوا[6] أن الذين[7] سمعوا منهم كانوا عدولا.

[182/ ب] قال بعض شيوخنا: لا يختلف إذا كان ينتزع بها أنها لا تجوز، إلا على السماع من العدول، وإن كانت[8] لتقر في يد حائزها فهذه يختلف[9] في اشتراط العدالة فيهم.

قال القاضي رحمه الله: وفي هذا نظر؛ لأنه إذا[10] قلنا على المشهور[11] لا ينتزع بشهادة السماع من يد حائز[12] فسواء شهدوا بها على السماع من عدول أو غيرهم، إلا أن يكون العدول أشهدوهم على شهادتهم، فتكون شهادة نقل،

---

(1) في (ر2): (يكون).

(2) قوله: (على شهادة) ساقط من (م).

(3) قوله: (على شهادتهم) ساقط من (م).

(4) في (ح): (في).

(5) في (ح): (السماع).

(6) في (ر2) و(ح): (يعرفون).

(7) في (ر2) و(ح): (الذي).

(8) قوله: (وإن كانت) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (تختلف).

(10) قوله: (إذا) ساقط من (ح).

(11) في (ر2) و(ح): (المشهود)، وزاد في (ح): (و).

(12) في (ح): (حائزها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وعلم لا شهادة سماع.

وقوله في: [(مدعي الكفالة على رجل[1]، ولا[2] خلطة بينهما)][3].

قيل معناه: لا خلطة[4] بين المدعي والكفيل، ولا تراعى[5] خلطة الكفيل مع المكفول، وقيل: بل المراعاة خلطة الكفيل مع المكفول[6] لا غير، وهو أظهر؛ لأنه إنما يتكفل الرجل بمن يشفق عليه، ويصله، ويبره[7]، وقد يتكفل لخصمه[8]، وعدوه مراعاة له.

وقوله في: [(أولاد الأعمام: يشهدان على عتق لابن عمهما)][9] المسألة إنما[10] تراعى[11] في ذلك التهمة حين[12] الشهادة لو مات ابن عمهما - حينئذ - كانا هما وارثاه[13] فأما ما يتناسخ[14] وينجر إلى

---

(1) في (ح): (أحد).

(2) قوله: (رجل، ولا) ساقط من (ر2).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 46، و(العلمية): 4/ 36، و(السعادة/ صادر): 13/ 175، و(تهذيب البراذعي): 3/ 599.

(4) قوله: (لا خلطة) ساقط من (م).

(5) في (ر2): (يراعى).

(6) قوله: (وقيل: بل المراعاة خلطة الكفيل مع المكفول) ساقط من (ر2).

(7) في (ر2): (ويبرئه).

(8) قوله: (لخصمه) ساقط من (م).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 37، و(العلمية): 4/ 32، و(السعادة/ صادر): 13/ 170، و(تهذيب البراذعي): 3/ 596.

(10) في (ر2): (ألا).

(11) في (ح): (يُراعى).

(12) في (ح): (في).

(13) في (م): (وارثيه)، قوله (كانا هما وارثاه) يقابله في (ح): (وكأنهما ورثاه).

(14) في (ح): (يتسامح).

وراثة[1] بعد أخرى، فقالوا: لا يراعى، وكذلك في المجموعة، وإن قرب إذا لم يتهما بجر ولاء، وإن كان يرجع إليهما يوما ما.

وقوله في: [(شهادة امرأتين للمرأة بالطلاق: فإن كانتا[2] ممن تجوز شهادتهما عليه في الطَّلاق[3] رأيت أن يحلف يريد بذلك إلا أن تكون[4] أمهاتها أو بناتها[5] أو أخواتها أو جداتها أو من هو منها[6] بظنة)][7]، فانظر قوله في[8] شهادتهما عليه، فظاهره من تجوز[9] شهادتهما في الطَّلاق من القرابة، وأن ذلك بخلاف غيره من الحقوق المالية التي تجوز[10] فيها شهادة القرابة[11] ألا تراه كيف استثنى - هنا - من تجوز شهادته الجدات[12].

وفي كتاب العتق: العمات والخالات وشهادة هؤلاء جائزة في الحقوق لهن[13]، وهذا كله يدل أنه لم يرد بقوله: ممن تجوز شهادتهن العدالة فقط على ما

---

(1) في (ر2): (وارثته).

(2) قوله: (فإن كانتا) يقابله في (ر2) و(ح): (وإن كانت).

(3) قوله: (في الطلاق) ساقط من (ر2) و(ح).

(4) في (ر2) و(ح): (يكونا).

(5) قوله: (أو بناتها) ساقط من (م).

(6) في (م) و(ر2): (منهما).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 52، و(العلمية): 4/ 39، و(السعادة/ صادر): 13/ 180، و(تهذيب البراذعي):2/ 535.

(8) قوله: (في) ساقط من (ر2) و(ح).

(9) في (ر2): (يجوز).

(10) في (ر2): (يجوز).

(11) في (ر2): (العدالة).

(12) في (ر2): (الجواب).

(13) انظر: المدونة، (زايد): 5/ 359، و(العلمية): 2/ 451، (السعادة): 3/ 227، و(تهذيب

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قاله بعض الشيوخ؛ إذ لا بد من ذلك عنده، وهذا لما يتهم[1] به النساء من التعصب والحمية[2] في هذا الباب[3].

والخلاف في هذا الأصل مشهور في شهادة الأخ لأخيه في الحدود والقصاص، وقد يستفاد من ذكره هنا الأخوات، أحد القولين من المدونة في ذلك، وقد ذكره[4] حميس عن أَشْهَب أن عليه اليمين في شهادة الأمهات والبنات والقرابات عليه بالطَّلاق، فعلى هذا إنما توجب[5] عنده الشهادة لطخاً يقتضي اليمين كاللوث فلا يشترط التهمة.

وقوله: [(إن ادعيت قبل رجل[6] ديناً أو استهلاك متاع[7] أو غصباً.

ثم قال: إن كان يعرف بينهما خلطة، نظر السلطان في ذلك، فإما أحلفه، وإما[8] أخذ عليه كفيلاً[9]، حتى يأتي ببينة، وأما في الدين، فإن كانت[10] بينهما خلطة، وإلا لم يعرض له السلطان)][11].

=

البراذعي): 2/ 535.

(1) في (م): (يتهمن)، وقوله: (لما يتهم) يقابله في (ح): (لمن يتهمن).

(2) في (ر2): (والحسبة).

(3) قوله: (في هذا الباب) يقابله في (ر2): (انظر في كتاب العتق والطلاق لفظه عامة ولفظة).

(4) في (ح): (ذكر).

(5) في (ح): (يوجب).

(6) في (ح): (فعل).

(7) قوله: (استهلاك متاع) يقابله في(ح): (استهلاكا لمتاع).

(8) في (ر2): (أو).

(9) قوله: (كفيلا) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (كان).

(11) انظر: المدونة (زايد): 9/ 46، و(العلمية): 4/ 54، و(السعادة/ صادر): 13/ 176،

=

قال بعضهم: جعل له - ههنا[1] - أخذ الكفيل، ولم يجعل[2] له ذلك[3] في كتاب الكفالة[4]، ولغيره هناك كما له[5] هو - هنا وأيضا - فإنه جعل الكفالة في الغصب والتعدي وليس موضعها.

وقال آخرون: ظاهره أخذ الكفيل بمجرد الدعوى لقوله[6] بعد هذا: وأما الدين فإن كان بينهما خلطة، وإلا لم يعرض له، فدل[7] أن الوجه الأول بخلافه.

قال القاضي رحمه الله: وقد يحتمل أن معنى الكفيل - هنا - هو[8] الموكل به ومثله يسمى[9] كفيلاً، ووكيلا كما قال بعد هذا: [(رأيت[10] أن يوقف له)][11].

ومعنى التوقيف - هنا - أن يوكل به[12] من يحرسه، ويلازمه كما بينه غيره فقوله يوكل به حتى يأتي ببينة، وعلى معنى التوقيف الذي فسرناه حمل =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 600.

(1) في (ح): (هنا).

(2) في (ح): (يجعله).

(3) قوله: (ذلك) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (الكفالات).

(5) في (م): (كماله).

(6) في (ح): (بقوله).

(7) في (م): (يدل).

(8) قوله: (هو) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (سمي).

(10) في (ح): (أرأيت).

(11) انظر: المدونة، (زايد):9/ 58، و(العلمية):4/ 43، و(السعادة/ صادر): 13/ 184، و(تهذيب البراذعي):3/ 601.

(12) في (ر2): (هنا).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أبو عِمرَان هذا اللفظ، وحمله غيره.

وقوله[1]: [(يوكل به)][2] على الوكالة والحمالة، وأظنه تأويل أبي محمد اللوبي، وأما قول من قال: ألزمه الكفيل بمجرد الدعوى فغير بين؛ لأنه قال: [(إن كان يعرف بينهما خلطة في دين أو تهمة فيما ادعى قبله[3] نظر السلطان في ذلك فإما أحلفه أو[4] أخذ له كفيلا)][5] فقد شرط[6] - هنا - الخلطة والشبهة.

وفي رواية: فإن كان بينهما مخالطة[7] في دين أو تهمة وهو مثل قوله بعد، وأما في الدين فإن كانت بينهما خلطة، وإلا لم يعرض له[8] السلطان فإنما أشار أولا إلى التهمة[9] الموجبة للنظر في مسألة التعدي، وخلطها[10] بالخلطة في الدين ثم فصل المسألة وجوابه فيهما سواء.

ومسألة الأمة [(تدعي أنها ولدت من سيدها، فأقامت شاهداً واحداً على إقرار السيد بالوطء، وامرأتين قال: أرى أن يحلف السيد كما يحلف

---

(1) قوله: (و) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 58، و(العلمية): 4/ 43، (السعادة/ صادر): 5/ 183، و(تهذيب البراذعي): 3/ 601.

(3) في (ر2): (مثله).

(4) في (ر2): (و).

(5) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 46، و(العلمية): 4/ 37، و(السعادة/ صادر): 13/ 176، و(تهذيب البراذعي): 3/ 600.

(6) في (ح): (شرطا).

(7) قوله: (بينهما مخالطة) يقابله في (ر2): (منهما مخالطة)، وفي (ح): (متهما بمخالطة).

(8) في (م): (لهما).

(9) في (ر2) و(ح): (الشبهة).

(10) في (م) و(ح): (وخلطهما).

في العتاق)][1].

سقطت هذه المسألة في بعض الروايات[2]، ولم يذكرها أبو محمد بن أبي زيد، وأنكرها بعض الشيوخ.

وقال بعضهم: لا يحلف في هذا، وثبتت في كتاب ابن عتاب لابن وضاح - هنا - وثبتت لابن باز في كتاب العتق، ولابن أبي دليم في كتاب أمهات الأولاد، وأوقفها هناك سحنون.

وفي بعض النسخ أو امرأتين وبعدها[3] [(فإن أقامت شاهدين على إقرار السيد بالوطء وامرأة على الولادة أنه يحلف)][4]، وهذه رواية ابن وضاح، وكذا في كتاب ابن سهل.

وفي بعض الروايات - هنا - شاهداً واحداً على الوطء.

وكذا في كتاب ابن عتاب في كتاب أمهات الأولاد، شاهداً واحداً على الوطء وامرأة على الولادة أنه يحلف.

وفي كتاب غيره شاهدين على الوطء، وفي هذا في شاهد واحد بالوطء وامرأة واحدة على الولادة قولان على اختلاف الروايات[5].

---

(1) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 53، و(العلمية): 4/ 40، و(السعادة/ صادر): 13/ 180، و(تهذيب البراذعي): 2/ 606.

(2) قوله: (بعض الروايات) يقابله في (ر2): (هذه الرواية).

(3) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 53، و(العلمية): 4/ 40، و(السعادة/ صادر): 13/ 180، و(تهذيب البراذعي): 2/ 606.

(5) في (ر2) و(ح): (الرواية).

انظر: (المدونة): (زايد): 6/ 66، و(العلمية): 2/ 549، و(السعادة/ صادر): 3/ 337.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

واختصرها حمديس: إن أقامت شاهدا واحدا[1] أو شاهدين على الوطء أو امرأة على الولادة.

وقال بعض القرويين: لا يمين عليه، وتعليله في المسألة، وإيجابه اليمين عليه[2] بقوله: لأنها لو أقامت امرأتين[3] ثبتت الشهادة على الولادة يضعف رواية شاهد واحد على الوطء؛ إذ ظاهره إثبات أنها أم ولد.

وحمل ابن لبابة خلافه – هنا - وفي[4] أمهات[5] الأولاد على اختلاف من قولهم: أحدهما: أنه لا يحلف حتى يثبت أصل اعترافه بالوطء، وقال آخر: أنه يحلف فيه مع الشاهد الواحد.

وقوله: لا شيء لها إلا أن تقيم رجلين على إقرار السيد بالوطء ثم امرأتين على الولادة فتصير أم ولد ويثبت نسب ولدها إن كان معها ولد، إلا أن يدعى استبراء بعد الوطء فذلك له)][6].

ومثله في كتاب أمهات الأولاد[7]؛ ظاهره أنه لا يصح لها[8] ذلك إلا بوجود الولد، فقد أشار بعضهم إلى أن هذا من ابن القاسم كالموافقة[9] لمذهب سحنون،

---

(1) قوله: (و) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) في (ح): (عليها).

(3) في (ر2): (امرأة بين).

(4) قوله: (و) زيادة من (ح).

(5) قوله: (هنا وفي أمهات) يقابله في (م): (هذا وأمهات).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 53، و(العلمية): 4/ 40، و(السعادة/ صادر): 13/ 180.

(7) انظر: المدونة (زايد): 6/ 66، و(العلمية): 2/ 549، و(السعادة/ صادر): 8/ 337، و(تهذيب البراذعي): 2/ 606.

(8) في (ر2): (له).

(9) في (ر2): (فالموافقة).

وربيعة في أن شهادة النساء في الولادة والاستهلال إنما يكون مع[1] وجود جسد[2] الصبي وتردد[3] في هذا.

وقال بعضهم: نفس الشهادة لها بالإقرار بالوطء، وبالولادة يغني عن حضور الولد، وحضور الولد مع الشهادة بالإقرار بالوطء يغني عن الشهادة على الولادة، فلا معنى لجمع[4] الوجهين، واشتراطهما له[5].

وإنما ذكر الولد وحضوره -هنا[6]- لذكر النسب لا لحرية أمه، وإثبات النسب إنما يحتاج لموجود لا لمعدوم، فهذا معنى ذكره[7] لوجود الولد، وحضوره؛ لأن[8] ذلك شرط في صحة جواز[9] الشهادة لها أنها أم ولد وأن المسألة التي حلفه فيها مع الشاهدين على الوطء والمرأة الواحدة على الولادة معناها لم يكن معها ولد.

وقال آخرون: المسألة على ظاهرها، وليست كمسألة المقر بالوطء[10] تأتي جاريته بولد، فتقول[11] هو منك فهي مصدقة؛ لأن هذا[12] ائتمنها باعترافه

---

(1) زاد في (ر2): (حينئذ).

(2) قوله: (جسد) ساقط من (ر2).

(3) في (ر2) و(ح): (ويتردد).

(4) في (ح): (لجميع).

(5) زاد في (ر2): (له).

(6) قوله: (هنا) ساقط من (م).

(7) في (ح): (ذكر).

(8) في (ح): (لا أن).

(9) قوله: (جواز) ساقط من (ر2) و(ح).

(10) في (م): (بالعتق).

(11) في (ر2): (فيقول).

(12) في (م): (هذه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بوطئها والمنكر للوطء الذي قامت عليه البينة بإقراره به قبل بخلافها؛ لأنه لم يأتمنها، فلا تصدق بإظهار الولد حتى يشهد على ولادته؛ ولذلك أحلفها[1] مع[2] الشاهد والمرأة.

وقيل: بل أجاب أولا على مجرد الدعوى في التي ليس[3] معها ولد ولا سبب ثم أخبر بالأسباب التي تكون بها أم ولد.

وقوله: [(إلا أن يدعي استبراء)][4] يستفاد[5] منه أحد القولين فيمن أقام[6] بينة على براءته[7] مما أنكره قبل أو بحجة تبرئه[8] مما يقبل فيه قوله بعد إنكاره الأصل، كدعواه رد الوديعة بعد[9] إنكارها، ومناكرته الزوجة في التمليك بعد إنكاره والقولان يخرجان من المدونة من هذا الموضع وغيره، وقاله[10] بعض شيوخ الأندلسيين.

وقال غيره من القرويين: ليس[11] هذا كما تقدم[12]، ولا يقبل

---

(1) في (ح): (جعلها).

(2) قوله: (أحلفها مع) يقابله في (ر2): (حلفها على).

(3) قوله: (ليس) ساقط من (ر2) و(ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 53، و(العلمية): 4/ 40، و(السعادة/ صادر): 13/ 180، و(تهذيب البراذعي): 2/ 606

(5) في (ر2): (استفاد).

(6) في (ر2): (قام).

(7) في (ر2): (لداته).

(8) في (ر2): (بتسريه).

(9) في (ر2): (قبل).

(10) قوله: (و) ساقط من (ح).

(11) قوله: (ليس) ساقط من (م).

(12) في (ر2): (يقدم).

ادعاء[1] الاستبراء بعد الإنكار.

ومعنى المسألة أنه لم ينكر الوطء جملة، وإنما أنكر وطئاً يكون منه هذا الولد، وهذا ضعيف؛ لأنه متى أنكر الوطء جملة[2] جاءت المسألة المتقدمة.

ولو فصله في أول إنكاره مثل أن يقول: وطئت ثم استبرأت، ولم أطأها بعد[3] فقامت البينة على اعترافه بعد[4] أنه وطئها[5]، فليست[6] المسألة؛ لأن هذا يقول: هذا الوطء الذي استبرأت منه، ولو قالت البينة اعترف أنه وطئها بعد الاستبراء[7] فهي المسألة - أيضاً - بعينها إن ادعى فيها[8] استبراء، يعرفه ضعيف الوجه والفقه[9].

ومسألة الغلة[10] والإيقاف للرباع، وقوله: [(فأما[11] الرباع فلا توقف[12] مثل ما يزول، ولكن توقف[13] وقفاً يمنع من الإحداث فيها)][14].

---

(1) في (ر2): (دعاه)، وفي (ح): (ادعاؤه).
(2) في (ر2) و(ح): (مجملا).
(3) في (م) و(ر2): (بعد).
(4) قوله: (بعد) ساقط من (ر2) و(ح).
(5) في (ح): (وطئ).
(6) قوله: (وطئها فليست) يقابله في (ر2) و(ح): (وطئ وليست).
(7) في (ر2) و(ح): (السنة).
(8) في (ح): (فيه).
(9) في (م): (من الوجه).
(10) في (م): (العقلة).
(11) في (ر2) و(ح): (وأما).
(12) في (ح): (يوقف).
(13) في (ح): (توقف).
(14) انظر: المدونة (زايد): 9/ 59، و(العلمية): 4/ 43، و(السعادة/ صادر): 13/ 184، و(تهذيب البراذعي): 3/ 602.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

في بعض الروايات[1] أمر سحنون بطرحها، قاله ابن أبي زمنين.

ووقع في بعض الروايات زيادة: [(قال غيره: إذا حلف المدعى عليه ليدفع[2] به ما أثبت المدعى عليه[3]، وقفت عليه الأشياء حتى يقضي بها أو لا يقضي بها)][4]، وكان مخرجاً[5] في كتاب ابن عتاب.

وفي نسخ كثيرة: وقال[6] غيره: إذا اتجه أمر الطالب وقفت وقفاً يمنع من الإحداث فيها.

ومعنى هذا الوقف: أن يقال للذي هي عنده، وفي يده: لا تحدث[7] فيها حدثا من تفويت أو تغيير[8] ولا تخرج من يده[9].

قال ابن أبي زمنين: معنى[10] اتجه أمره - هنا - : جاء بشاهد واحد[11] أو شبهة[12] بينة، وأمر[13] ظاهر.

---

(1) قوله: (الروايات) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (ليدفع) يقابله في (ر2) و(ح): (ما يدفع).

(3) قوله: (عليه) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 59، و(العلمية): 4/ 43، و(السعادة/ صادر): 13/ 184، ونص المدونة: (وقال غيره: إذا كلف).

(5) في (ر2): (متخرجا).

(6) قوله: (كثيرة و) ساقط من (ر2)، وقوله: (وقال) في (ح): (قال).

(7) في (ر2): (يحدث).

(8) في (ح): (تعمير).

(9) في (ر2): (يديه).

(10) في (ر2): (معناه).

(11) قوله: (واحد) زيادة من (ر2).

(12) في (ر2) و(ح): (شبهه).

(13) قوله: (بينة، وأمر) يقابله في (ر2): (بينه وأقر)، وقوله: (وأمر) يقابله في (ح): (أو أمر).

وقال بعض الشيوخ: وكلامه هذا [183/ أ] معطوف على ما تقدم، إذا جاء بشاهد واحد، فأما[1] لو أثبت الطالب حقه بشاهدين في الأصول فالحكم أن تخرج الأصول من يد المطلوب[2] وتوقف[3] بالعقل.

قال القاضي رحمه الله: وهذا ظاهر قول الغير، الذي ذكرناه أولاً، وقد حمل بعضهم كلامه على ظاهره، وأنها وإن ثبتت بشاهدين لا توقف[4] بالعقل وإنما توقف وقفا[5] يمنع[6] الإحداث، وعلى ذلك يأتي قوله في الكتاب: [(أن الغلة لمن هي في[7] بيده حتى يقضى بها للطالب)][8].

ومعنى[9] قول الغير في الرواية الأخرى، نحو ما ذكرناه من توجه حقه بشاهد واحد أو شبهه[10] فتوقف على الإحداث.

وقد اختلف فقهاء[11] الأندلسيين[12] في وقفها بالعقل، بشاهد واحد، فذهب ابن لبابة وغيره: أن ذلك لا يكون إلا بشاهدين، وتأولوه على قول ابن

---

(1) في (ح): (وأما).

(2) في (ح): (الطالب).

(3) في (ح): (ويوقف).

(4) في (ر2) و(ح): (يوقف).

(5) قوله: (وقفا) ساقط من (م).

(6) في (م): (بمنع).

(7) قوله: (في) زيادة من (ح).

(8) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 58، و(العلمية): 4/ 43، و(السعادة/ صادر): 13/ 184، و(تهذيب البراذعي): 3/ 602.

(9) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(10) في (ح): (شبهة).

(11) في (ح): (فيها).

(12) في (ح): (الأندلسيون).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

القاسم، وذهب عبد[1] الله بن يحيى وأبو صالح في آخرين أنها تجب عقلتها بالعقل بالشاهد الواحد، وذكر - أيضاً - مثله عن ابن لبابة، وروي عن سحنون، وتأولوه على قول ابن القاسم في العتبية[2].

وقوله: في توقيف ما يسرع إليه الفساد: [(إذا قال المدعي: عندي شاهد واحد ولا أحلف معه أنه يؤجله ما لم يخف عليه الفساد، وإلا خلي بين المدعى عليه وبين متاعه)][3]

معنى قوله: **لا أحلف معه**؛ أي البتة[4]، ولو أراد لا أحلف معه الآن؛ لأني أرجو شاهدا آخر[5]، فإن وجدته وإلا حلفت[6] مع شاهدي بيع[7] - حينئذ - ووقف[8] ثمنه إن خشي عليه الفساد، وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعله يبيعه[9] - هنا - ونحن[10] - هنا - على شك من تعديلهما، إذا كان[11] لم يعدلهما بطل الحق، وشاهد واحد في الأول[12] ثابت بكل حال،

---

(1) في (ر2): (عبيد).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 143.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 60، و(العلمية): 4/ 44، و(السعادة/ صادر): 13/ 185، و(تهذيب البراذعي): 3/ 612

(4) في (ر2): (البينة).

(5) في (ر2): (أخرى).

(6) في (ر2): (حلف).

(7) في (م) و(ح): (ببيع).

(8) في (ر2): (وأوقف).

(9) في (ر2): (بيعه).

(10) في (ر2): (أو نحن).

(11) قوله: (إذا كان) يقابله في (ر2): (إذ إن).

(12) في (ح): (الأولى).

والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر، ويثبت الحق.

وقوله: [(إذا ادعيت أن هذا الرجل عبدي فأردت أن أستحلفه)][1] المسألة، قالوا: هذا يدل أنه ليس في يد مالك[2]، وأنه[3] يدعي الحرية؛ إذ لو كان في يد مالك لم يكن له استحلافه إذا وجب[4] ولا يكون له معه كلام، وإنما كان يكون الكلام مع مالكه.

وقال سحنون: وقال[5] غيره: إذا كان معروفاً بالحرية لم يجز، ذلك فيه ثابت لابن وضاح، ساقط لابن باز.

وفي بعض النسخ: هذا إن لم يكن معروفا بالحرية[6].

وعلى هذا اللفظ اختصرها أبو محمد، وقال[7]: إذا جهل أمره ولم يعرف بحرية.

وفي بعض النسخ: هذا إذا كان معروفاً بالرق[8].

وقوله في مسألة: [(الرجلين يدعيان السلعة، وهي بيد[9] أحدهما ويقيمان

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 5/ 350 و9/ 53، و(العلمية): 4/ 40، و(السعادة/ صادر): 7/ 221 و13/ 180.

(2) في (ح): (ملك).

(3) قوله: (يد مالك و) يقابله في (ر2): (ذلك أو).

(4) في (ر2): (وجه).

(5) قوله: (و) زيادة من (ر2) و(ح).

(6) قوله: (لم يجز ذلك فيه ... معروفا بالحرية) ساقط من (م).

(7) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 53، و(العلمية): 4/ 40، و(السعادة/ صادر): 13/ 181.

(9) في (ر2) و(ح): (في يد).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

البينة، هي للذي في يديه[1] إذا تكافأت البينة[2] في العدالة)][3].

قال ابن القاسم: [(وعليه اليمين)][4] ثبت قول ابن القاسم هذا عند ابن وضاح، وسقط لغيره، وفي كتاب محمد: لا يمين عليه.

وقول غيره آخر المسألة: ليس هذا بتجريح[5] إلى آخر قوله زاد[6] في رواية ابن وضاح، ولو كان تجريحا[7] لما جازت[8] لهما شهادة فيما يستقبلان.

وقوله في: [(الذين يتنازعون[9] عفوا من الأرض، فيقيمان البينة أنه ينظر في ذلك إلى الثقة في البينة والعدالة الظاهرة، ويحلف صاحبها معها، قالوا: هذا يدل أن مستحق الأرض والعقار يحلف يمين القضاء كمستحق[10] غيرهما[11] من الأموال)][12].

---

(1) في (ح): (يده).

(2) قوله: (البينة) ساقط من (ر2).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 62، و(العلمية): 4/ 45، و(السعادة/ صادر): 13/ 186، و(تهذيب البراذعي): 3/ 603.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 62، و(العلمية): 4/ 45، و(السعادة/ صادر): 13/ 187، و(تهذيب البراذعي): 3/ 603.

(5) في (ح): (بتخريج).

(6) في (م): (إذ).

(7) في (ح): (تخريجا).

(8) في (ح): (أجازت).

(9) قوله: (الذين يتنازعون) يقابله في (ر2): (الذي يتنازعان).

(10) قوله: (كمستحق) ساقط من (م).

(11) في (م): (كغيرها)، وفي (ح): (غيرها).

(12) انظر: المدونة (زايد): 9/ 65، و(العلمية): 4/ 46 و(السعادة/ صادر): 13/ 187، و(تهذيب البراذعي): 3/ 606.

وقد اختلف شيوخنا في ذلك، ومعظم الأندلسيين لا يرون عليه يميناً، وسحنون والقرويون، يرون ذلك عليه.

قال سحنون: واليمين التي أقول بها: ليس من قول مالك، وليس كل القضاة يأخذ به، وقد نبه بعضهم على أن ما ذكره[1] مالك في مسألة الكتاب يرد ما حكاه سحنون عنه.

وحجة من فرق أن اليمين إنما هي مخافة أن يكون للغائب[2] فيها حق، فلا يقضي القاضي حتى يستبرئ[3] له.

قال القاضي رحمه الله: وقد يقال: إن إلزامه اليمين – هنا – في الكتاب إنما ذلك؛ لأنها في يد غير مالك فاستبرئ باليمين لحق بيت مال المسلمين إن لم تكن[4] لواحد منهما، ولو كان لها مالك[5] لم يلزم يمين إلا أن يدعي من هي في يده دعوى توجبها[6]، وقد تقدم الكلام على هذا الأصل قبل.

وقوله في مسألة: [(إن أقمت البينة على دار أنها دار[7] جدي ولم يشهد الشهود أن جدي مات وتركها ميراثاً[8] لأبي وأن أبي مات وتركها ميراثاً لورثته ولم يحددوا[9] المواريث بحال ما وصفت لك، قال: سألنا

---

(1) في (ر2): (ذكر).

(2) في (ر2): (لغائب).

(3) في (ر2): (يستني).

(4) في (ر2) و(ح): (يكن).

(5) في (ح): (ملك).

(6) في (ر2) و(ح): (يوجبها).

(7) في (ح): (دان).

(8) قوله: (وتركها ميراثاً) يقابله في (ر2): (وتركتها ميراث).

(9) في (ر2): (تجدوا)، وفي (ح): (يحدوا).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

مالكاً[1] عنها، فقال[2]: ينظر السلطان في ذلك، فإن كان المدعي حاضرا)][3] إلى آخر المسألة، كذا رواية ابن وضاح.

والذي عند يحيى بن عمر، ولم يحدوا[4] المواريث، قال: إذا حدوا[5] المواريث بحال ما وصفت لك، نظر في ذلك السلطان.

وعند إبراهيم بن محمد: وأن[6] أبي مات وتركها ميراثا لورثته، قال: إذا حدوا[7] المواريث، وهذا نحو[8] رواية يحيى[9] بن عمر.

قال أحمد بن خالد: هي أصح؛ لأنهم لما[10] لم يحدوا[11] المواريث لم تتم شهادتهم[12]، ولم تقطع[13] شيئا.

وعلى الرواية الأخرى ذكرها ابن أبي زمنين، وفسرها، وقال: فإن سأل، ونظر ولم يأت أحد يستحق ميراث الميت، وطال ذلك [183/ ب] فينبغي على

---

(1) في (ح): (مالك).

(2) في (ح): (قال).

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 498، و(العلمية): 4/ 11، و(السعادة/ صادر): 12/ 142.

(4) في (ر2) و(ح): (يجدوا).

(5) في (ر2): (وجدوا)، وفي (ح): (وجد).

(6) في (ر2): (وإن).

(7) في (م): (جروا).

(8) في (ر2): (يحوز).

(9) قوله: (يحيى) ساقط من (ح).

(10) في (م): (إذا)، وقوله: (لما) ساقط من (ح).

(11) في (م): (يجروا).

(12) في (ح): (الشهادة).

(13) في (ر2): (يقطع).

أصولهم أن يعطي المشهود له المال كله، ويضمنه لمستحق يستحقه يوما ما بعد يمينه أنه المحيط بميراثه، وقد تقدمت المسألة أول الباب بمعنى رواية ابن وضاح، وما قاله ابن أبي زمنين، قال: فإذا لم يشهد الشهود أن له وارثاً غيره فأرى أن تبطل[1] الشهادة في ذلك، ويسأل[2]، وينظر.

وقوله في المسألة: [(وإن أقام البينة أنها[3] دار أبيه أو دار جده وثبتت المواريث سئل الذي في يديه الدار.

ثم قال: وإن لم يثبت[4] لم يسأل الذي في يده[5] الدار عن شيء)][6]

كذا في كتاب ابن عتاب وابن سهل، وفي بعض النسخ: وإن لم يثبت[7] المواريث ولم[8] يسأل الطالب ومن هذه المسألة يستخرج مذهبه في المدونة في توقيف الطالب.

قال بعض[9] شيوخنا الأندلسيين[10]: إن مذهب مالك من رواية ابن القاسم في كتاب الشهادات[11] وغيره وهو مذهب ابن القاسم أن الطالب لا

---

(1) في (ر2): (يبطل).

(2) قوله: (ويسأل) ساقط من (م).

(3) في (ح): (أنه).

(4) في (ر2): (تثبت).

(5) قوله: (في يده) يقابله في (ر2): (بين يديه)، وفي (ح): (يديه).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 76، و(العلمية): 4/ 51، و(السعادة/ صادر): 13/ 195، و(تهذيب البراذعي): 3/ 597.

(7) قوله: (لم يسأل الذي ... وإن لم يثبت) ساقط من (م).

(8) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(9) قوله: (بعض) ساقط من (ر2).

(10) في (ح): (الأندلسيون).

(11) في (ر2): (الشهادة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يوقف المطلوب على شيء، حتى يثبت الطالب دعواه، وكذلك يوقفه، وروى ابن عبد الحكم[1] وابن كنانة عن مالك ومثله في سماع أشهب أن له إيقافه دون أن يثبت، وبه أفتى الفقهاء والشيوخ بقرطبة، وبه جرى القضاء عندهم، وهي إحدى[2] المسائل الخمسة التي خالفوا فيها مذهب ابن القاسم وروايته على أصلهم من القضاء بقوله وذكروها على الخلاف، وقد رتب بعض شيوخنا هذه المسألة وفسرها، فقال: إنه إنما لا يوقف حتى يثبت إذا وقفه من أين تصيرت له.

وأما على توقيفه هل يعلم له فيها حق أم لا؟ فيوقفه على ذلك دون شيء، وبه جاءت رواية ابن كنانة، وعلى هذا الترتيب نزل المسألة ابن أبي زمنين وتأمل ظاهر قوله في الكتاب: [(وإن لم يثبت لم يسأل الذي الدار في يديه عن شيء)][3]، فإن كان يريد لم يثبت[4] الموت والوراثة، فلا يختلف في هذا، وإن[5] كان على الجميع، فهو خلاف ما ذهب إليه ابن أبي زمنين، وحجة لغيره.

وقوله في هذه المسألة: [(فإن كان المدعي[6] حاضراً بالبلد الذي الدار فيه[7]، وقد حيزت دونه السنين[8] فلا حق له فيها، وإن كان إنما قدم من بلد آخر فأقام البينة على أنها دار أبيه أو جده)][9] وثبتت المواريث سئل الطالب.

---

(1) انظر: شرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم مخطوط المكتبة الأزهرية: 7: 39/ ب.

(2) في (ح): (احد).

(3) انظر: المدونة، (زايد):9/ 76، و(العلمية): 4/ 52، و(السعادة/ صادر): 13/ 195.

(4) في (ر2): (تثبت).

(5) في (ح): (فإن).

(6) في (ر2): (يدعى).

(7) في (ح): (فيها).

(8) في (ح): (سنين).

(9) انظر: المدونة (زايد): 8/ 498، و(العلمية): 4/ 11، و(السعادة/ صادر): 12/ 142، =

ذهب بعض الشيوخ إلى أن الحاضر المذكور لا يلزم من هي الدار في يديه كشفه، ومن[1] أين صارت له، واحتج بقول مالك - هنا - وبقوله في المسألة التي[2] قبلها: [(لا أرى له فيها حقا)][3]، وبقول عيسى بن دينار أن الذي ذلك بيده[4] أحق إذا[5] ادعاه لنفسه، بأمر لا يريد أن يظهره[6].

وقال ابن القاسم في سماع عيسى: الحيازة تبطل دعوى[7] من ترك شيئه يحاز عليه وهو حاضر.

وبما ذكرناه أفتى ابن أبي زمنين، وخالفه غيره وأفتى بتوقيفه للحاضر كما يوقف للغائب إذا أثبت القائم ملكه، ويكشفه من أين تصيرت إليه لعله[8] يقر بما ينتفع[9] به، وحجة الآخرين لعله لا يقدر على إثبات ما ادعى من[10] سبب التصيير إليه[11] لطول المدة فيبطل حقه.

و[(تميم بن طرفة)][12] بفتح الطاء والراء.

و(تهذيب البراذعي): 3/ 609.

(1) في (ر2): (أو من).

(2) قوله: (التي) ساقط من (ح).

(3) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 74، و(العلمية): 4/ 50، و(السعادة/ صادر): 13/ 194.

(4) في (ر2): (في يديه).

(5) في (ح): (إن).

(6) في (ر2) و(ح): (يظهر).

(7) قوله: (دعوى) زيادة من (م) و(ح).

(8) قوله: (لعله) ساقط من (م).

(9) في (ر2): (يشفع).

(10) قوله: (ما ادعى من) ساقط من (ر2) و(ح).

(11) قوله: (إليه) ساقط من (ر2).

(12) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 65، و(العلمية): 4/ 46، و(السعادة/ صادر): 13/ 188،

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله: [(إذا شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة[1] آخرين لا يعطى إلا حظه)][2]؛ معناه: مع ورثة آخرين سموهم.

وقوله في آخر المسألة: [(وترك السلطان ما سوى ذلك في يد المدعى عليه حتى يأتي من يستحقه ولا يخرجه من يده)][3]

كذا لإبراهيم بن محمد وسقط: «لا» عند ابن وضاح، قال بعضهم: والأول أصوَب[4].

قال القاضي رحمه الله: كلاهما صحيح فبإثبات لا، يرجع الكلام إلى السلطان وبسقوطها يرجع إلى المستحق الذي يأتي فيأخذه.

وقوله في المسألة الأخرى: [(في الذين شهدوا[5] أنه وارثه ولم يقولوا لا نعلم[6] له وارثا غيره، ينظر السلطان في ذلك)][7].

قيل: معناه يسألهم، فإن قالوا معنى قولهم مخافة أن يكون له وارث بحيث =

ونصه: (تميم بن طرفة الثعلبي)

(1) في (ر2): (ورثته).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 74، و(العلمية): 4/ 50، و(السعادة/ صادر): 13/ 193، و(تهذيب البراذعي): 3/ 610.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 74، و(العلمية): 4/ 50، و(السعادة/ صادر): 13/ 193، و(تهذيب البراذعي): 3/ 610.

(4) في (ر2): (الصواب).

(5) في (ر2): (شاهدوا).

(6) في (ر2): (يعلم).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 73، و(العلمية): 4/ 50، و(السعادة/ صادر): 13/ 193، و(تهذيب البراذعي): 3/ 610.

لا نعلم[1] لم يضرهم ذلك، وأمضى شهادتهم.

وقوله في: [(المدعى عليه في دار وأنشب[2] الخصومة إلى قوله: لم أسمع من مالك فيه شيئا.

ثم قال: إلا أن له أن يبيع ويصنع فيها[3] ما شاء إلى آخر المسألة، قال غيره: ليس له أن يبيع؛ لأن البيع خطر، وغرر)][4].

طرح سحنون قول ابن القاسم: أن له أن يبيع[5] إلى آخر كلامه.

قال ابن وضاح: ولم يقرأه سحنون، ولم يقرأه أحمد بن خالد، وطرح - أيضاً - عند ابن باز.

وقال فضل: أخبرنا يحيى عن سحنون أن ابن القاسم يقول: كقول غيره.

قال سحنون: ومعنى الغرر - هنا - أن المشتري لا يدري متى يقبضها، ومتى تنقطع الخصومة فيها.

قال القاضي رحمه الله: ولأنه لا يدري هل ثبتت[6] لبائعها أو يقضي[7] عليه فيها، وقال بعض شيوخنا: إنما يجيزه ابن القاسم إذا لم تكن الخصومة[8] قائمة بينهما، وإنما هي على مجرد الدعوى، ومجرد الدعوى غير مانعة لأصحاب

---

(1) في (ر2): (يعلم).

(2) في (م): (أثبت).

(3) في (ر2): (بها).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 78، و(العلمية): 4/ 52، و(السعادة/ صادر): 13/ 196.

(5) قوله: (لأن البيع خطر ... أن له أن يبيع) ساقط من (ر2).

(6) في (ر2): (يثبت).

(7) في (ر2): (يقضى).

(8) في (ر2): (الحكومة).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الأملاك من التصرف في أملاكهم، وليس بغرر[1] في البيع ولو كانت شبهة قوية للخصومة أو الخصومة قائمة لكان البيع غرراً.

وقوله في: [(الشهود إذا شهدوا[2] أنه ما باع ولا وهب على البت قال هذه شهادة غموس، وأراهم[3] شهدوا بباطل[4])][5].

وقال - أيضا -: [(شهادة زور، قال: وأرى أن يحلف الإمام الذي[6] شهدوا له بالله الذي لا إله إلا هو ما باع ولا وهب)][7] إلى آخر كلامه.

قال بعضهم: انظر أطلق[8] عليها أنها باطل، وغموس ثم[9] جعله[10] يحلف معها، فلم يبطلها، فتأول بعضهم أنها عند مالك مع قوله هذا ماضية يحكم بها مع يمين المشهود عليه كما يحكم بالشهادة[11] مع[12] العلم، وإليه نحا ابن لبابة، قال ابن أبي زمنين: وهو تأويل بعيد.

---

(1) في (ر2): (لعذر).

(2) في (ر2): (أشهدوا).

(3) في (ر2): (وأراه).

(4) في (ر2): (باطل).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 79، و(العلمية): 4/ 453، و(السعادة/ صادر): 13/ 196، و(تهذيب البراذعي): 3/ 612.

(6) في (ر2): (الذين).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 80، و(العلمية): 4/ 453، و(السعادة/ صادر): 13/ 197، و(تهذيب البراذعي): 3/ 612.

(8) في (ر2): (المطلق).

(9) في (م): (و).

(10) في (ر2): (يفعله).

(11) في (م): (بشاهد).

(12) في (ر2): (على).

وذهب بعضهم إلى أن في المسألة تقديماً، وتأخيراً[1]، وأن قوله وأرى[2] أن يحلفه الإمام إنما يرجع إلى المسألة الأولى[3] في[4] الشهادة الصحيحة التامة أنه لا يعلمه[5] باع ولا وهب، وإلى هذا نحا ابن أبي زمنين.

وقال بعضهم: ينبغي للقاضي ألا يرد شهادتهم حتى يسألهم، أيشهدون على البت أو على العلم، فإن أبتوها[6] سقطت وإن ماتوا قبل كشفهم حكم بها، وقال بعضهم: إنما نووا[7] بها شهادة أهل العلم فما[8] يلزم في ذلك وأما الجهال فيعذرون بذلك[9]، ولا يكونون شهداء زور ونحوه لأبي محمد، وأبي عمران ولا يختلف أن هؤلاء لا يلزمهم ما يلزم شهود الزور من العقاب.

وقوله[10]: [(ولو وكلت وكيلا يقبض[11] مالي على فلان، فجحده فقدمه فحلف له[12] لم يكن لي[13] أن أستحلفه[14] ثانية)][15] انظر هذا؛ فمعناه أنه

---

(1) قوله: (تقديما، وتأخيرا) يقابله في (ر2) و(ح): (تقديم وتأخير).

(2) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(3) في (ر2): (الأول).

(4) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (أنه لا يعلمه) يقابله في (م): (أنهم لا يعلمون).

(6) في (ر2): (أثبتوها).

(7) قوله: (نووا) غير واضح في (ر2).

(8) في (ر2): (ما).

(9) قوله: (بذلك) ساقط من (ر2) و(ح).

(10) في (ح): (قوله).

(11) في (ر2): (بقبض).

(12) قوله: (له) زيادة من (ر2).

(13) في (ر2): (له).

(14) في (ر2): (يستحلفه).

(15) انظر: المدونة (زايد): 9/ 82، و(العلمية): 4/ 54، و(السعادة/ صادر): 13/ 198، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وكله على خصامه أو فوض إليه الوكالة، وأما لو كان موكلاً على القبض مجرداً لم يكن له ذلك، وكان لرب المال بعد خصامه، وتحليفه.

واختلف في تأويل مذهبه في الكتاب في أعمال[1] [(الشهادة على الحيازة)][2]، وعلى[3] النسج، وعلى النتاج، وشبهه وإيجابها الملك، هل[4] معناه أن مجرد[5] الشهادة بها يوجب الملك أو حتى يزيدوا أنها ملكه أو يحوزها حيازة الملك، فذهب بعضهم إلى أنه لا بد من هذا، وأنه مراده، ومن لم يقل ذلك لم تتم الشهادة ولا عارضت[6] شهادة من شهد[7] بالملك، وعليه[8] تأولها أبو القاسم ابن محرز، وهو مذهب سحنون.

وقال[9] بعضهم: ابن القاسم مخالف لسحنون ولا يقول بهذا[10]، وأن الشهادة له بالولادة عنده أو نسجه للثوب مغنية عن ذكر الملك، وقائمة مقامه، وقد جعل في الكتاب قوله: حزته[11] مثل ملكه.

=

و(تهذيب البراذعي): 3/ 614.

(1) في (ر2) و(ح): (إعمال).

(2) انظر: (زايد): 9/ 71، و(العلمية):4/ 49، و(السعادة/ صادر): 13/ 192، و(تهذيب البراذعي): 3/ 607.

(3) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (هل) ساقط من (ر2).

(5) في (ر2): (موجود).

(6) في (ر2): (عرضت).

(7) في (ر2): (يشهد).

(8) في (ر2): (وعليها).

(9) قوله: (وقال) ساقط من (ح).

(10) قوله: (بهذا) غير واضح في (ر2).

(11) في (ر2): (حيرة)، وفي (ح): (حيزه).

وقوله: [(فليتبوأ مقعده من النار)][1]، معناه فليتخذ؛ أي على معنى المثل، أي أنه قد استحق ذلك وجعل له.

وقوله: [(لا قطع[2] في ثمر ولا كثر)][3].

الكثر - بفتح الكاف والثاء المثلثة - جُمّار النخل؛ أي لا يقطع سارق في[4] ذلك.

والمذبح: مثل المحراب[5] يكون في الكنائس فيه يرفعون أناجيلهم، ويقربون قربانهم؛ ولهذا كره الطبري، وبعض السلف من التابعين ...[6] الصلاة في المحاريب[7] وعملها في المساجد؛ لشبهها بها، وكانوا يصلون خارجا عنها؛ ولأنها[8] إنما أحدثت[9] بعد زمان[10] النبي ﷺ والخليفتين من[11] بعده.

وقوله: [(ولكنه يزع)][12] بفتح الزاي والعين المهملة؛ أي يكف ويمنع.

وأبو حصين: بفتح الحاء، غير مصغر

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 84، و(العلمية): 4/ 55، و(السعادة/ صادر): 13/ 199.

(2) في (ح): (أقطع).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 85، و(العلمية): 4/ 55، و(السعادة/ صادر): 13/ 200.

(4) قوله: (في) زيادة من (م).

(5) قوله: (المحراب) غير واضح في (ر2).

(6) في (ر2) كلمة غير واضحة.

(7) في (ر2) و(ح): (المحارب).

(8) قوله: (ولأنها) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (حدث).

(10) قوله: (زمان) ساقط من (ر2).

(11) قوله: (من) زيادة من (ر2).

(12) انظر: المدونة (زايد): 7/ 237، و(السعادة/ صادر): 10/ 260.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والظنين بالظاء[1] المعجمة، المتهم.

وكذلك[2] المغموص عليه - أيضا، بصاد مهملة - بمعناه وهو المطعون فيه بجرحة، وانظر كلام ربيعة فيمن ترد[3] شهادته.

وقوله: [(ومخالفة أمر العدول[4] في سيرته وإن لم يوقف على عمل يظهر فيه فساده)][5]؛ فهذا يدل على اشتراط المروءة في العدالة على ما تقدم ومراعاة[6] السمت[7] في الشاهد وإن عدم ذلك سقطت[8] شهادته.

ومعنى سخموا[9] وجهه؛ أي سودوه[10]، والسخام - بضم السين - دخان القدر الملتزق[11] بها.

---

(1) في (ح): (بفتح الظاء).

(2) في (ح): (وكذا).

(3) في (ر2): (ترك).

(4) قوله: (أمر العدول) غير واضح في (ر2) في (ح): (العدل).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 90، و(العلمية): 4/ 57، و(السعادة/ صادر): 13/ 202،

(6) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(7) في (ح): (والسمة).

(8) في (ر2): (يسقط).

(9) في (ر2): (سحموا) في (ح): (يسخموا).

(10) في (ح): (يسودوه).

(11) قوله: (الملتزق) غير واضح في (ر2).

كتاب المديان والحجر والتفليس

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب المديان والحجر والتفليس

معنى الحجر: المنع، قال الله تعالى: ﴿حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ [الفرقان: 22]؛ أي حراما محرما[1] لا يباح، ومنه حجرة الدار؛ لأنها حجرت أي منعت وسمي العقل حجرا؛ لأنه يمنع صاحبه[2].

ومعنى التفليس: العُدم، وأصله من الفلوس؛ أي أنه صاحب فلوس[3] بعد أن كان صاحب ذهب، وفضة ثم استعمل في كل من عدم المال؛ وكذا يقال: أفلس الرجل - بفتح اللام - فهو مفلس، وأصل تسمية[4] المديان والدين من الذلة.

يقال[5]: دان[6] له، إذا أطاعه، ومنه الحديث: الكيس من دان نفسه أي أذلها.

والدين مذلة على من هو عليه، وقد استعاذ النبي ﷺ منه[7]، قال أهل اللغة: الدين ما له أجل والقرض ما لا أجل له، ثم استعمل في الجميع[8].

والإلداد واللدد: [184/ أ] شدة الخصومة[9] قال الله تعالى: ﴿قَوْمًا لُّدًّا﴾ [مريم: 97]، وهو مأخوذ من لديدي الوادي وهما جانباه، كأنه يرجع من هذا

---

(1) قوله: (محرما) زيادة من (ح).

(2) انظر: معجم مقاييس اللغة: 2/ 138، والمحكم: 3/ 68، ولسان العرب: 4/ 170.

(3) في (ر2): (الفلوس).

(4) في (ر2): (تسميته).

(5) في (ر2): (فقال).

(6) في (ح): (أدان).

(7) متفق عليه: أخرجه البخاري: 1/ 286، كتاب: صفة الصلاة، باب: الدعاء قبل السلام، رقم 798، ومسلم: 1/ 412، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: ما يستعاذ منه في صلاة، رقم: 589.

(8) انظر: القاموس المحيط، ص: 1546.

(9) في (ر2): (الخصام).

الجانب إلى هذا الجانب كما يرجع من حجة إلى حجة.

وقيل: من لديدي[1] الفم، وهما جانباه لإعمالهما في الكلام، وفي الخصومة.

وقد يكون اللدد - أيضا[2] - من التلدد وهو التحير؛ لأنه بحجته يحير خصمه ويبهته.

وقوله في الكتاب: [(إلا أن يحبسه قدر ما يتلوم له[3] من[4] اختباره، ومعرفة حاله أو يأخذ عليه حميلاً)][5].

كذا رويناه، وحكى أبو عِمرَان أنه روى[6] وكيلاً والصواب[7] رواية من روى أو حميلاً ولا فائدة في جمعها[8].

ولم يبين ما الحميل هنا، بالوجه[9] أو بالمال؟ والصواب أن يكون - هنا - بالوجه نص عليه أبو عِمرَان، وأبو إسحاق[10] وغيرهما من شيوخنا القرويين والأندلسيين، ولا يقتضي النظر سواه؛ لأن هذا لم يثبت أنه ملي ولا أنه

---

(1) في (ر2): (لديد).

(2) قوله: (أيضا) زيادة من (ح).

(3) قوله: (له) زيادة من (ح).

(4) في (ح): (في).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 94، و(العلمية): 4/ 59، و(السعادة/ صادر): 13/ 204، و(تهذيب البراذعي): 3/ 619.

(6) في (ر2): (روي).

(7) قوله: (والصواب) ساقط من (ر2).

(8) في (ح): (جميعها).

(9) في (م): (أبالوجه).

(10) في (ر2): (عمران).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

غيب مالاً فيعاقب عليه بالسجن والأدب ولا قويت عليه التهمة بذلك فيستبرأ أمره بسجنه والتضييق عليه لعله يخرج منه فيخرج ما عنده، وإنما كان سجن هذا توقيفاً له؛ لتكشف حقيقة حاله، وليستخبر باطنه[1] فإذا أعطى حميلاً بالوجه إلى مدة الاختبار[2] التي حبسها[3] مثلها كذلك[4] توصلنا من الكشف لما نريده[5]، فإن ظهر له وجه[6] الشدة[7] عليه أمكننا[8] منه الحميل، وإن[9] لم يحضره غرم المال لأجل اليمين الواجبة[10] عليه[11] إذا[12] أحضرهن وإن أحضره عند الأجل، ولم يظهر له مال حلفناه، وسرحناه وإن لم يأت بحميل إلا إلى دون الاختبار أخذ منه فإذا أحضره[13] للأجل الذي ضمنه إليه ولم ينكشف من أمره شيء سجن إلا أن يأتي بحميل آخر إلى مقتضى الأجل، وهذا الحميل ويقضي[14] على صاحب الدين أن يأخذه إذا بدا له[15] الغريم.

---

(1) في (م): (حاله).

(2) في (ح): (لاختبار).

(3) في (ر2): (سجنه).

(4) في (ر2): (لذلك).

(5) في (ر2) و(ح): (يريده).

(6) في (ر2): (وجهه).

(7) في (ر2) و(ح): (للشدة).

(8) في (ر2): (أمكنا).

(9) في (ح): (فإن).

(10) في (ح): (اللازمة).

(11) قوله: (عليه) ساقط من (ح).

(12) في (ح): (لهذا).

(13) في (ح): (اختصره).

(14) في (ر2): (يقضى)، وفي (ح): (قضى)، وقوله: (و) زيادة من (ر2).

(15) قوله: (بدا له) يقابله في (ر2): (أبدله).

وأما الآخر المتهم بإخفاء المال، فلا يؤخذ منه حميل[1] بالوجه، كذا نص عليه سحنون، قال: ويؤخذ منه بالمال[2].

وعن ابن القاسم يؤخذ منه الحميل[3]، وإن طلبَ أخذ الحميل منه[4]؛ ليخرج في طلب منافعه ويرجع إلى السجن إن عجز أخذه[5] منه.

وحمل بعضهم المسألة على الخلاف بين ابن القاسم، وسحنون.

وقال[6] غيره: إن سحنون إنما يأخذه منه؛ لأنه عنده مالك[7] ظاهر الملاء[8].

وقال بعض من لقينا من شيوخنا: إنه لا يؤخذ من هذا، وأما[9] المعلوم بالملاء[10] الملد[11] الظالم، فهذا لا يؤخذ منه حميل، إلا أن يعطي حميلا يغرم المال للآمر الذي نض[12] مثله فيه إحضار[13] المال بقدر يسره من الناض أو

---

(1) قوله: (حميل) ساقط من (ر2).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 364.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 94، و(العلمية): 4/ 59، و(السعادة/ صادر): 13/ 204، و(تهذيب البراذعي): 3/ 619.

(4) قوله: (منه) زيادة من (ر2) و(ح).

(5) في (ر2) و(ح): (أخذ).

(6) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(7) في (ر2) و(ح): (ملك).

(8) في (م) و(ح): (الملا).

(9) في (ر2): (وإنما).

(10) في (م) و(ر2): (بالملا).

(11) في (ح): (الملك).

(12) في (ح): (نص).

(13) قوله: (يحضر في مثله) يقابله في (ر2) و(ح): (نض مثله فيه إحضار).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

العرض[1] على المكلف[2] في هذا هل يؤجل له أو لا يؤجل؟.

والصواب أنه إن كان يعرف بالناض وأخفاه، فلا يؤجل هذا ساعة وإن لم يعرف بالناض فهذا يؤجل بمقدار ما يبيع عروضه على[3] اختلاف آجالها على ظاهر الروايات، وعند كثير من الشيوخ.

وقال آخرون: لا تؤجل[4] ويباع عليه لحينه.

واختلف هل يحلف هذا على إخفاء الناض إذا لم يكن معروفا به؟

فقيل: يحلف، وهو مذهب ابن دحون[5].

وقيل: لا يحلف، وهو مذهب أبي علي الحداد.

وقيل: إن كان من التجار حلف، وهو قول ابن زرب، ولا يحلف إن لم يكن تاجرا[6]، والخلاف في هذا مبني على الخلاف في يمين التهمة، واختلف هل يؤخذ من هذا حميل بالمال؟ أو يسجن[7] حتى يبيع، وإن كان صاحب

---

(1) في (ح): (العروض).

(2) في (ح): (الخلاف).

(3) قوله: (أخفاه فلا يؤجل هذا ساعة ... يبيع عروضه على) ساقط من (ر2).

(4) في (ر2) و(ح): (يؤجل).

(5) في (ر2): (سحنون).

(6) انظر: الإعلام بنواز الأحكام، لابن سهل: 513 ، 514، (أخبرني أبو محمد الشارقي عن أبي محمد ابن دحون أنه كان يقول: لا يمين عليه إذا قال: أبيع من عروضي وأؤدي ديني، وكان يستدل بقول مالك في آخره سماع أشهب في كتاب الزكاة: وجل الناس ليس لهم؛ فقد قال الشارقي: وكان أبو علي الحداد يحالف في ذلك، ويقول: لابد له من اليمين أنه لا ناض عنده يؤدي منه دينه، وكان القاضي أبو بكر بن زرب يرى اليمني في هذا على التجار؛ لأن الغالب على أحوالهم حضور الناض عندهم، وكان لا يرى اليمين على غير التجار، وهو تنويع حسن إن شاء الله).

(7) في (ح): (السجن).

العروض[1] غير ملد[2] وسأل غيره[3] تأخيره إلى بيع عروضه، وسأل أن يعطي[4] حميلاً إلى أن[5] يبيعها، فقد اختلف في هذا أيضاً.

فذهب كثير منهم إلى أنه لا يلزمه حميل بالمال.

وفي[6] رواية أبي زيد عن ابن القاسم نحوه فيمن عرف له مال غائب ليس عليه حميل، إلا أن يخشى أن يموت أو يغيب عنهم.

قال أبو عبد الله بن عتاب: وهي رواية ضعيفة.

وذهب معظم الشيوخ في المسألة إلى أنه يعطي حميلاً بالمال إلى أن يبيع أو يسجن ومثله[7] لسحنون في كتاب ابنه.

وقوله في مسألة الوصي يقضي[8] بعض الغرماء: [(قلت: فإن كان في المال فضل ليس فيه وفاء بحقوق هؤلاء)][9] إلى آخر المسألة ثم التي جاءت بعدها في الحضور والغيب.

قال[10] ابن وضاح: أمر سحنون بطرحها، وقال: والتي تحتها تدل عليها،

---

(1) في (ر2): (العرض).

(2) في (ح): (ملك).

(3) قوله: (غيره) زيادة من (ح).

(4) في (ح): (يعطى).

(5) قوله: (إلى أن) يقابله في (ر2) و(ح): (حتى).

(6) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(7) في (ر2) و(ح): (ونحوه في).

(8) في (ر2): (يقضى).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 100، والعلمية: 4/ 62، و(السعادة/ صادر): 13/ 207، و(تهذيب البراذعي): 3/ 621.

(10) في (ح): (وقال).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وهي أصل ترد إليه كلما وجدت من نوعه.

وقوله: [(توى[1] ما على الميت)][2]؛ أي هلك وتلف، كذا تقوله[3] العرب بكسر الواو والرواة يروونه بفتحها، وقد حكاه أيضاً بعض اللغويين[4].

والتوليج والتأليج، بمعنى المحاباة، وأصله من الدخول، قال الله تعالى: ﴿يُولِجُ ٱلَّيْلَ فِي ٱلنَّهَارِ وَيُولِجُ ٱلنَّهَارَ فِي ٱلَّيْلِ﴾ [الحج: 61]؛ أي[5] يدخل أحدهما في الآخر فكأن هذا يدخل في ملك الآخر ما ليس منه ولا هو من حقه، وقد يكون - أيضاً - من المخادعة.

والاستتار والأولاج[6] ما يستتر به [184/ ب] من الشعاب والكهوف، وشبهها، وهذا إنما يتحيل بنقل الملك، باستتار ومخادعة، وباطنه خلاف ظاهره.

ومسألة: [(إقرار الرجل بالدين لزوجته)][7].

وقوله بعد هذا: [(أرأيت الورثة أهم بهذه المنزلة على ما وصفت من أمر[8] المرأة يكون من[9] بعضهم إليه الانقطاع والمودة)][10]

---

(1) في (ح): (توي).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 100، و(العلمية): 4/ 62، و(السعادة/ صادر): 13/ 207، (تهذيب البراذعي): 4/ 193.

(3) في (ر2): (يقوله).

(4) انظر: الأفعال، لأبي القاسم بن جعفر: 1/ 126.

(5) قوله: (أي) ساقط من (ح).

(6) في (ح): (والأولج).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 109، و(العلمية): 4/ 66، و(السعادة/ صادر): 13/ 213، و(تهذيب البراذعي): 3/ 625.

(8) في (ر2): (وصف).

(9) قوله: (من) زيادة من (م).

(10) انظر: المدونة (زايد): 9/ 109، و(العلمية): 4/ 66، و(السعادة/ صادر): 13/ 213، =

إلى آخر المسألة.

ثم قال: لم أسمع من مالك فيها[1] شيئا وأرى ألا يجوز ذلك[2].

كذا في رواية إبراهيم بن محمد عن سحنون، وفي رواية يحيى بن عمر، والذي عند ابن وضاح وآخرين: أرى[3] أن يجوز بإسقاط لا، وظاهر الكلام الأول المتصل به من قوله: [(وإنما رأى ذلك مالك في المرأة، إلى قوله: وأما الولد والإخوة)][4].

فلا تصحح رواية الأولين، وعليها اختصر أكثر المختصرين، وعليها حملوا مذهبه في الكتاب.

وقوله في[5] آخر المسألة في: [(إقراره للعصبة مع الميت[6] لا يتهم في هذا[7])][8].

وقوله: [(وأصل ما سمعت من مالك أنه إنما يرد من ذلك التهمة، فإذا لم =

و(تهذيب البراذعي): 3/ 625.

(1) في (ح): (فيه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 109، و(العلمية): 4/ 66، و(السعادة/ صادر): 13/ 213، وتهذيب البراذعي: 3/ 625.

(3) قوله: (أرى) ساقط من (ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 109، و(العلمية): 4/ 66، و(السعادة/ صادر): 13/ 213، و(تهذيب البراذعي): 3/ 625.

(5) قوله: (في) زيادة من (ر2).

(6) في (ح): (البنت).

(7) قوله: (وقوله في آخر ... في هذا) ساقط من (م).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 109 و110، و(العلمية): 4/ 66، و(السعادة/ صادر): 13/ 213، و(تهذيب البراذعي): 3/ 625.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

تقع تهمة لم يرد[1] وجاز[2] فهذا يجزيك[3] من ذلك[4] كله)][5]، يصحح[6] الرواية الأخرى، وعليها في آخر المسألة تأولها بعضهم - أيضاً - واختار ذلك وصوَّبَه.

وقال فضل: رواية يحيى في المدونة عن سحنون في الإقرار لبعض[7] الورثة أن الزوجة خلاف غيرها من الورثة، إلا أن يكون بعيدا، كالعصبة مع البنات، فلا يتهم وحكى عنه غير[8] يحيى أن الزوجة وغيرها سواء، إذا كان بينهما تفاقم جاز[9].

وقد روى هذا - أيضاً - أصبغ عن ابن القاسم في الولدين: أحدهما عاق والآخر بار يجوز إقراره للعاق[10]، وقد اختلف في ذلك في كتاب محمد بالروايتين جميعا.

وقوله في الكتاب: [(البضع ما بين الثلاث إلى التسع[11])][1]؛ هو بكسر

---

(1) في (ر2) و(ح): (يتهم).

(2) قوله: (وجاز) ساقط من (ح).

(3) في (ح): (يجزئك).

(4) في (ر2): (هذا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 110، و(العلمية): 4/ 66، و(السعادة/ صادر): 13/ 213، تهذيب البراذعي: 3/ 625.

(6) في (ر2): (تصحح).

(7) في (ر2): (عن بعض).

(8) قوله: (غير) ساقط من (م).

(9) قوله: (إذا كان بينهما تفاقم جاز) ساقط من (ح).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 585.

(11) في (ح): (التسعة).

الباء قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِي ٱلسِّجْنِ بِضْعَ سِنِينَ﴾ [يوسف: 42].

وحكى بعض أهل اللغة فيه فتح الباء[2] - أيضاً[3] - وأصله القطعة من الشيء، ومنه البضعة - بالفتح - أي القطعة من اللحم وما في الكتاب من تفسيرها هو قول أكثرهم.

وقيل: البضع ما بين واحد إلى تسع.

وقيل: ما لم يبلغ العقد ولا نصفه، وهو قول أبي عبيدة، فهو على هذا من واحد إلى أربعة[4].

وقيل: هو من ثلاث[5] إلى عشرة.

قال ابن دريد: فإذا[6] جاوز العشرة فليس[7] ببضع[8].

وقال الأخفش نحوه[9].

وقال مُطرِّف[10]: هو ما بين الثلاث والسبع.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 111، و(العلمية): 4/ 67، و(السعادة/ صادر): 13/ 214، و(تهذيب البراذعي): 3/ 626.

(2) انظر: إكمال الأعلام بتثليث الكلام: 1/ 68.

(3) قوله: (أيضا) زيادة من (ح).

(4) انظر: أدب الكاتب: 1/ 49.

(5) في (ح): (ثلاثة).

(6) في (ح): (وإ ذا).

(7) قوله: (فليس) ساقط من (ح).

(8) انظر: جمهرة اللغة، لابن دريد: 1/ 352.

(9) انظر: الزاهر في معاني كلمات الناس: 2/ 286.

(10) في (ر2): (قطرب).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله: [(إن كانوا[1] اقتعدوا على[2] موعد؛ أي توثقوا منه، كما قال آخر الكلام: فانصرفوا على موعد منه لزم، قال سحنون: هو[3] إحالة)][4].

وعنته[5]؛ أي مشقته[6]، كما قال بعد: ضرره[7]، وتعبه[8].

وتوقف مالك في تضمين الأوصياء، إذا نكلوا عن الأيمان[9] في المال الكثير؛ لئلا يشق ذلك عليهم حين ضمنهم، فلا يجد من يقبل الوصية، وهم أمناء، وقد تشق[10] عليهم الأيمان -أيضا- ولئلا -أيضاً[11]- تبطل[12] أموال الأيتام إذا لم يضمنوا، إذا ألزم[13] الأوصياء إبراء أنفسهم بأيمانهم، فإذا نكلوا عنها[14] فليس ذلك بالذي يتلف مال غيرهم، وهذه علته في الكتاب[15].

---

(1) في (م): (كان).

(2) زاد في (ح): (غير).

(3) في (ح): (هي).

(4) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 115، و(العلمية): 4/ 69، و(السعادة/ صادر): 13/ 217، و(تهذيب البراذعي): 3/ 628، ولفظهم: (وهذه حمالة).

(5) في (ح): (وعنة).

(6) في (ح): (مشقة). وانظر: معجم مقاييس اللغة: 4/ 150.

(7) في (ح): (ضرر).

(8) في (ح): (وتعنيت).

(9) في (ر2) و(ح): (اليمين).

(10) في (ح): (يشق).

(11) في (م) و(ر2): (أيضا).

(12) في (ح): (يبطل).

(13) في (ر2): (لزم).

(14) قوله: (عنها) ساقط من (ح).

(15) انظر: المدونة (زايد): 9/ 120، و(العلمية): 4/ 71، و(السعادة/ صادر): 13/ 219 و220، و(تهذيب البراذعي): 3/ 630.

وقال[1] القاضي إسماعيل: إنما ضمنه في القليل لاستخفاف الناس دفعه دون بينة فأشبه قول الغرماء - هنا - يحلف[2] لذلك الوصي.

فإن نكل ضمنه، وإذا كان المال كثيراً فمن شأن الناس التوثق بالبينة عند دفعه فادعاء الغرماء دفعه للأوصياء دون بينة ما لا يشبه فتوقف مالك؛ لهذا قال: وأحسبه يذهب إلى أن الدين على الغريم كما كان، وله أن يخاصم الوصي، فإن ضمن الوصي شيئا من ذلك؛ لنكوله، فإنما[3] يضمنه للغريم.

وانظر قوله في باب اليتيم: [(يحتلم ولم يؤنس منه الرشد: لا يجوز له في ماله[4] بيع ولا شراء ولا هبة ولا صدقة ولا عتق، حتى يؤنس منه الرشد، فما وهب أو تصدق أو أعتق قبل أن يؤنس منه الرشد، ثم أنس منه الرشد، فدفع إليه ماله، فلا يلزمه ذلك العتق، ولا تلك الصدقة، ولا تلك الهبة، بقضاء ولكنه إن فعل ذلك من عند نفسه، فأجاز ما صنع جاز والصدقة والهبة لغير الثواب كالعتق واستحب له أن يمضيه[5])][6].

كذا جاء في المدونة وظاهره راجع إلى العتق، وما أشبهه[7] به من الصدقة والهبة

---

(1) في (ر2) و(ح): (وقال).

(2) في (ر2): (فحلف).

(3) في (ح): (فإنه).

(4) قوله: (في ماله) ساقط من (ح).

(5) في (م): (يضمنه).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 121 و122، و(العلمية): 4/ 72، و(السعادة/ صادر): 13/ 220 و221، و(تهذيب البراذعي): 3/ 631.

(7) في (ر2): (شبهه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بغير[1] ثواب وعلى الجميع اختصرها[2] المختصرون فإنه[3] يستحب له أن يمضي[4] ما فعله وفيه نظر، والصحيح سواه ولا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله قربة، وأما ما كان[5] بينه وبين العباد مما لم يرد[6] به قربة[7] فأي استحباب له في هذا.

وكذا جاء منصوصاً في سماع أَشْهَب[8] على ما تأولناه.

وقوله في الصبي: [(يؤذن له في التجارة لا يرى[9] ذلك جائزاً)][10] ولا أرى له الإذن في ذلك إذناً، وتعليله بقوله: لأنه مولى عليه يقوي[11] أمر البالغ[12] السفيه أن هذا كان[13] حكمه عنده، كما نص عليه في الباب الآخر بعده[14]، وأنه لا يدفع إليه[15] ماله للاختبار واحتجاجه بذلك على مسألة الصبي،

---

(1) في (ح): (لغير).

(2) في (ر2) و(ح): (اختصره).

(3) في (ر2): (وأنه).

(4) قوله: (أن يمضي) يقابله في (ر2) و(ح): (إمضاء).

(5) قوله: (ما كان) زيادة من (ح).

(6) في (ر2): (يقصد)، وفي (ح): (يصد).

(7) في (ح): (القربة).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/ 469.

(9) في (ح): (أرى).

(10) انظر: المدونة، (زايد): 2/ 514 و515، و(العلمية):1/ 490، و(السعادة/ صادر): 2/ 497، و(تهذيب البراذعي): 3/ 631.

(11) في (ح): (ينوي).

(12) في (م): (البائع).

(13) قوله: (كان) ساقط من (ر2) و(ح).

(14) انظر: المدونة (زايد): 9/ 127، و(العلمية): 4/ 75، و(السعادة/ صادر): 13/ 224، و(تهذيب البراذعي): 3/ 632.

(15) قوله: (إليه) ساقط من (ح).

ثم قوله: [185/ أ][(والصبي أضعف شأنا عندي[1] منه)][2]، ولذلك لم يجعل دينه في ذلك المال ولا غيره، خلاف قول غيره.

والذي له في كتاب الوصايا: إذا أذن للصبي أن يتجر جاز[3]، ولم يذكر أنه دفع إليه مالا، ولكن[4] أطلق[5] الجواز على فعله، فدل[6] أنه خلاف قوله - هنا - ومثل قول غيره[7].

وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد والقاضي أبو محمد وغيرهما أنه يجوز له دفع المال ليتيمه ليختبره وللصبي إذا كان يعقل التجارة[8]، وهو ظاهر ما في كتاب ابن حبيب[9].

وذهب أبو عِمرَان أنه إنما يجوز في الصبي إذا كان الوصي أو ثقة[10] يطلع عليه في تصرفه ذلك، وإلا فهو ضامن.

وقوله في المسألة: [(احتلم ولم ير منه وليه إلا خيرا)][11]؛ استدل بها[12]

---

(1) قوله: (عندي) ساقط من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 125، و(العلمية): 4/ 74، و(السعادة/ صادر): 13/ 223.

(3) انظر: المدونة (زايد): 10/ 207، و(العلمية): 4/ 367، و(السعادة/ صادر): 15/ 59، و(تهذيب البراذعي): 4/ 276.

(4) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(5) في (ر2): (إطلاق).

(6) في (ر2): (يدل).

(7) قوله: (والذي في كتاب الوصايا ... غيره) ساقط من (م).

(8) انظر: المعونة، للقاضي: 2/ 158.

(9) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 164.

(10) في (م) و(ر2): (ثقته).

(11) انظر: المدونة (زايد): 9/ 124، و(العلمية): 4/ 74، و(السعادة/ صادر): 13/ 223.

(12) في (ر2): (منها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بعضهم على أن نفس الرشد للمحجور[1] لا يخرجه من الحجر إلا الإطلاق[2].

وعلى ما ذهب إليه الجمهور، وليس هذا ببين من قوله في الكتاب؛ لأنه لم يقل: وعلم رشده وإنما[3] قال: لم يعلم إلا خيرا؛ أي لم ير سفهاً، ويدل عليه قوله بعد: [(فدفع إليه ذهبا[4] ليختبره بها أو يعرف حاله)][5].

وهذا يدل أنه لم يحقق رشده، ولم يذهب إلى خلاف في هذه المسألة إلا بعض المتأخرين، وهو عبد الرحمن بن سلمة الطليطلي، فقال: لا يكون الوصي أقوى من الأب، وإذا مضى بعد[6] البلوغ سنة، ولم يظهر له سفه مضت أفعاله[7].

وقوله في حديث ابن عباس: [(لولا أن أرده عن نتن يقع فيه[8])][9].

كذا عند ابن[10] وضاح؛ أي عن فعل قبيح، وأمر مستنكر، ويروى عن

---

(1) في (م): (لمحجر).

(2) قوله: (إلا الإطلاق) يقابله في (م): (بل بد من الإطلاق).

(3) في (ح): (أنه).

(4) في (ح): (دهي).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 124 و125، و(العلمية): 4/ 74، و(السعادة/ صادر): 13/ 223.

(6) في (ح): (هذا).

(7) انظر: الأحكام، للمالقي: 1/ 181.

(8) أخرجه مسلم: 3/ 1444، كتاب: الجهاد والسير، باب: النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم، رقم 1812.

(9) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 127، و(العلمية): 4/ 75، و(السعادة/ صادر): 13/ 223، ولفظهم: (لولا أن أرده عن شيء يقع فيه).

(10) قوله: (عند ابن) يقابله في (ر2) و(ح): (لابن).

شر[1]، وهي رواية غيره، ويروى عن[2] شيء[3]، وهي رواية الدباغ وهما بمعنى.

وقوله: [(ولا نعمة عين[4] يقال[5])][6] بفتح النون[7] وضمها، وفيها لغات كثيرة ووجوه مشهورة[8].

وقوله في تحجير صاحب الشرط[9]: [(الذي سمعناه[10] من مالك[11] أن القاضي هو الذي يجوز حجره والقاضي أحب إلي)][12] وأحب[13] - ههنا[14] - على الوجوب.

وقد قال شيوخنا: إن الحجر مما يختص[15] به القضاة دون سائر الحكام.

---

(1) في (ح): (شيء).

(2) قوله: (عن) ساقط من (ح).

(3) قوله: (وهي رواية غيره ويروى عن شيء) ساقط من (م).

(4) في (ر2): (لعين).

(5) قوله: (يقال) ساقط من (ح).

(6) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 127، و(العلمية): 4/ 75، و(السعادة/ صادر): 13/ 224.

(7) في (ر2): (اللام).

(8) انظر: تهذيب اللغة: 3/ 9، والمحكم والمحيط الأعظم: 2/ 196، والمخصص: 3/ 455، ولسان العرب: 12/ 579.

(9) قوله: (الشرط) ساقط من (ح).

(10) في (ح): (سمعنا).

(11) قوله: (من مالك) يقابله في (ح): (ذلك).

(12) انظر: المدونة (زايد): 9/ 128، و(العلمية): 4/ 75، و(السعادة/ صادر): 13/ 225، و(تهذيب البراذعي): 3/ 632.

(13) في (ر2): (وأحب).

(14) في (ح): (أحبسها).

(15) في (ح): (يخص).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله في رواية ابن وَهْب بعد هذا: [(في الرجل يريد أن يحجر على ولده الكبير[1] لا يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه للناس، ويشهد عليه فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود)][2].

دليل[3]: أن أفعال السفهاء قبل الرد على الجواز، وهي[4] رواية المدنيين عن مالك، وقول أكثرهم وكبرائهم خلاف قول ابن القاسم[5]، وغيره مما هو معلوم من خلاف في[6] المسألة.

ويخرج من هذه المسألة - أيضاً - أن للأب أن يحجر على ولده عند السلطان، وجعل له التحجير عليه دون إثبات ما يجب[7] ذلك، وحكم السلطان به، وهذا فيمن لم يثبت رشده قبل ذلك وكان مجهول الحال، وقام أبوه بقرب بلوغه، ولم تطل[8] مدته، وقد اختلف في هذا.

قال ابن العطار: تقديم الأب على هذا أولى من غيره، وأنه لا يخرج من ولاية أبيه إلا بعد مضي عام بعد بلوغه[9].

---

(1) في (م): (الأكثر على أنه).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 128، و(العلمية):4/ 75، و(السعادة/ صادر): 13/ 225، و(تهذيب البراذعي): 3/ 633.

(3) في (ر2): (دليله).

(4) في (ر2): (وهو).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 92،والتبصرة، للخمي، ص: 5586.

(6) قوله: (في) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (يحب).

(8) في (ح): (يطل).

(9) انظر: الوثائق والسجلات، لابن العطار: 1/ 215.

وقاله غيره: إذا كان[1] بحرارة[2] بلوغه وذهب غيرهم إلى أنه لا يسفهه أبوه بعد البلوغ إلا بما يثبت عند الحاكم.

وقد اختلف الشيوخ في هذا قديماً وهو أصل الخلاف هل نفس البلوغ يخرجه من الحجر؟ أو إصلاح الحال؟ وقد مضى من هذا في أول النكاح.

ورواية ابن وَهْب في الرجل يغيب وله مال حاضر فيريد غرماؤه بيع ماله إلى آخرها[3]، وتفريقه بين الحي والميت، وقول سحنون: الحي والميت سواء.

المسألة كلها محوق عليها في كتاب ابن وضاح، ساقطة[4] من كثير من النسخ، وحوق عليها في كتاب ابن عتاب بعد أن أخرجها.

وقال: كذا في كتاب ابن وضاح، وهي صحيحة، وثبتت في كتاب ابن المرابط، وكتب عليها سحنون مسألة سوء، ولم يكن عنده قول سحنون الذي ذكرناه آخرها، وقد ذكرها غير واحد من المختصرين للمدونة منها، ونقلها بعضهم من غير المدونة ثم ذكر رواية ابن القاسم وغيره في التسوية[5] بين الحي والميت في الاستثناء، كذا لابن وضاح، وسقط اسم ابن القاسم منها لسائر الرواة.

وقال ابن وهب عن مالك في الذي يغيب في بعض المخارج، فذكر مثل رواية ابن القاسم[6] وغيره.

---

(1) قوله: (كان) ساقط من (ح).

(2) في (ح): (بجدارة).

(3) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 132، و(العلمية): 4/ 76، و(السعادة/ صادر): 13/ 227، و(تهذيب البراذعي): 3/ 635 و636.

(4) في (ح): (بناقطة).

(5) في (ر2): (الأسدية).

(6) قوله: (منها لسائر ... ابن القاسم) زيادة من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كذا في كتاب ابن عتاب وابن سهل الكلام فيها لابن وَهْب عن مالك، وفي بعض النسخ: قال ابن القاسم عن مالك.

ومعاذ بن جبل، وهو أحد بني سلِمة بكسر اللام.

وأبو سعيد الخدري، بسكون الدال المهملة.

وعمر بن عبد الرحمن[1] بن دلاف، بفتح الدال، وتخفيف اللام[2]، كذا ضبطناه في المدونة، وضبطناه عن بعض شيوخنا في غيرها بفتح الدال[3]، وكسرها معا.

وذكر في المدونة في نسختي نسبة المازني بالزاي قبلها ألف، وفي غيرها المزني منسوب إلى مزينة، وكذا في كتاب ابن المرابط، وهو الصواب، وكذا هو في الموطأ[4]، وقد ذكره البخاري في تاريخه[5].

والأسيفع مصغر[6] بالفاء.

وقوله: [(دان معرضاً)][7] بغير ألف، كذا في الأم وأصول شيوخنا[8]، ويقال: دان، وادَّان أي أخذ الدين.

---

(1) قوله: (عبد الرحمن) يقابله في (ح): (عبد العزيز).

(2) قوله: (وأبو سعيد الخدري ... وتخفيف اللام) ساقط من (م).

(3) في (ح): (اللام).

(4) انظر: الموطأ: 2/ 770.

(5) انظر: التاريخ الكبير، للبخاري: 6/ 172.

(6) في (ح): (مصغراً).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 141، ولفظه: (وانه قد ادان معرضا)، و(العلمية): 4/ 81، ولفظه: (ألا وإنه قد كان معرضا)، و(السعادة/ صادر): 13/ 233، ولفظه: (وأنه قد ادان معرضا).

(8) في (ح): (شيوخي).

ومعنى معرضا - بكسر الراء وسكون العين - قيل: متهاوناً بما أخذ.

وقيل: معرضاً عن الأداء والقضاء.

وقيل: معترضاً لكل من داينه ومعرض هنا بمعنى معترضاً عند هذا[1].

وقيل: معرضا عن النصيحة في أن لا يستدين[2].

ومعنى رين به - بكسر الراء - أي أحيط به أي تكنفه الدين.

والحرب - بفتح الراء - الفقر أي أخذ الدين فقر وسلب[3].

ومعنى قوله في الأثر: [(أصيب [185/ ب] رجل في ثمار ابتاعها)][4]؛ أي أصابته فيها جائحة.

وقوله في: [(المفلس إذا اتجر في المال الذي رده إليه بعض الغرماء فربح فيه أن الربح كالفوائد)][5]، يشترك[6] فيه الغرماء يريد الذين لم يردوا بما بقي لكل واحد منهم في خاصة نفسه، كما بينه في غير هذا[7] الموضع.

ثم قال: [(لأن ما داينه به الآخرون بعد الأولين، فالآخرون أولى به[8]، إلا أن يفضل من دينهم فضلة، فيكون الأولون والآخرون يتحاصون بقدر

---

(1) قوله: (وقيل: معرضاً ... عند هذا) زيادة من (ح).

(2) في (م): (يسرق).

(3) في (ح): (وسلف).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 141، و(العلمية): 4/ 81، و(السعادة/ صادر): 3/ 233.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 139 و140، و(العلمية): 4/ 81، و(السعادة/ صادر): 13/ 232، و(تهذيب البراذعي): 3/ 639.

(6) في (ر2) و(ح): (يشرع).

(7) قوله: (هذا) ساقط من (ح).

(8) قوله: (به) زيادة من (م) و(ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ديونهم)][1].

معنى هذا راجع إلى أول المسألة، الذين ردوا إليه؛ إذ لا تستقيم المسألة إلا عليه؛ لأن الذين تاجروه هم أحق بما في يده[2] ومحال أن يكون فيه ربح، ويبقى لهم هم بقية؛ لأنهم إذا[3] استوفوا دينهم مما في يديه لم تبق بقية فكيف يدخلون بالبقية في الربح، ألا تراه كيف قال بإثر ما تقدم: [(بما أقر هؤلاء في يديه[4]، بمنزلة ما لو داينه غيرهم بعد التفليس، وما بقي في يديه بعد الذي أقروا في يديه بمنزلة ما فضل في يديه بعد مداينته هؤلاء الذين داينوه بعد التفليس)][5].

ثم قال: [(وما كان من فضل عن الحق الذي تركوه في يديه فذلك الفضل[6] الذي يشترك[7] فيه الغرماء بما بقي لهم يوم فلسوه)][8]؛ وهؤلاء جميعاً فإنما خلط المسألة بالذين داينوه آخراً، وشبهها بها في أنهم أولى بما في يديه، ويحتمل أن يرجع على الجميع ويكون معنى ذلك أنه خسر في بعض ما

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 140، و(العلمية): 4/ 81، و(السعادة/ صادر): 13/ 232، و(تهذيب البراذعي): 3/ 639.

(2) في (ح): (يديه).

(3) قوله: (إذا) ساقط من (ح).

(4) قوله: (لم تبق ... في يديه) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 140، و(العلمية): 4/ 81، و(السعادة/ صادر): 13/ 232، و(تهذيب البراذعي): 3/ 639.

(6) في (ر2): (الحق).

(7) في (ر2) و(ح): (يشرع).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 140، و(العلمية): 4/ 81، و(السعادة/ صادر): 13/ 232، و(تهذيب البراذعي): 3/ 639 و640.

عاملهم[1] به، وربح في بعضه فهو أولى بما بقي في يده[2] من أموالهم ثم يتحاص[3] الجميع[4] بما بقي لهم.

وقوله[5] في أول مسألة من الكتاب: [(لم أسمع مالكاً يقول في الواحد[6]: أنه[7] إذا قام أنه يفلس)][8].

ثم قال في الباب الثالث: [(إذا طلب واحد من الغرماء أن يسجنه سجنه)][9] إلى آخر المسألة، وذكر أنه قول مالك، يحتمل أنه تحرى[10] الألفاظ في السؤالين، وأنه سمع منه على لفظ السؤال الثاني دون لفظ الأول إذ كان رحمه الله شديد التحري ألا تراه كيف قال في السؤال الثاني: [(إلا قولي أو يربح فيما أقر في يديه فهو رأي)][11].

وقد يكون قال ذلك؛ أي لم أسمع[12] منه اللفظ الذي ذكره.

---

(1) في (ح): (عملهم).

(2) في (ح): (يديه).

(3) في (ح): (يحاص).

(4) في (ح): (جميعهم).

(5) في (ح): (قوله).

(6) في (م) و(ر2): (الواجد).

(7) قوله: (أنه) ساقط من (ح).

(8) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 131، و(العلمية): 4/ 76، و(السعادة/ صادر): 13/ 226، و(تهذيب البراذعي): 3/ 635.

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 137 و138، و(العلمية): 4/ 79، و(السعادة/ صادر): 13/ 230، و(تهذيب البراذعي): 3/ 639.

(10) في (م) و(ر2): (تجرى).

(11) انظر: المدونة (زايد): 9/ 138، و(العلمية): 4/ 80، و(السعادة/ صادر): 13/ 231.

(12) في (ح): (يسمع).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ثم[1] قال في الثانية: وهو قول مالك[2]؛ أي على أصله وسياق مذهبه إلا[3] أنه سمعه منه قولا كما قال أولا.

ومعنى قول ربيعة: [(عمل أداره[4])][5]؛ يحتمل أن يريد به التجارة من قوله تعالى: ﴿تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 282]، وقد يكون من العمل وترداده فيه، ونظره له، وأصله من الدوران كأنه يديره عليه مرة بعد[6] أخرى[7].

وقوله[8]: [(إن جنى رجل على رجل جناية لا تحملها العاقلة، فرهنه بتلك الجناية رهنا، وعليه دين يحيط بماله؟ أن الرهن جائز واحتج بأنه لو جنى الغريم ما لا[9] تحمله العاقلة، ثم قام عليه الغرماء أن المجنى عليه)][10] يضرب بدينه مع الغرماء.

اختلف في تأويله:

فقيل: الجناية - هنا - خطأ أو كانت مالاً كالمسألة الأخرى، وحجته أنه

---

(1) قوله: (ثم) ساقط من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 138، و(العلمية): 4/ 80، و(السعادة/ صادر): 13/ 231.

(3) قوله: (إلا) ساقط من (ح).

(4) قوله: (عمل أداره) يقابله في (ر2): (على إرادة)، وفي (ح): (على إدارة).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 142، و(العلمية): 4/ 82، و(السعادة/ صادر): 13/ 233.

(6) قوله: (بعد) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (وأخرى).

(8) في (ح): (قوله).

(9) قوله: (لا) ساقط من (م).

(10) انظر: المدونة (زايد): 9/ 144 و145، و(العلمية): 4/ 83، و(السعادة/ صادر): 13/ 235، و(تهذيب البراذعي): 3/ 641.

لا يصح أن يحوز رهنه بها[1] على الغرماء إلا في الخطأ كما لـه أن يخاصـص بهـا؛ لأنها مال.

وأما العمد فليست بمال، وإنما فدى بها نفسه من أمر جناه، واحتجـوا بـما في كتاب الصلح في المسألة من قوله: [(فأراد أن يـصالح أن للغرمـاء أن يـردوا ذلك؛ لأنه من أموالهم)][2]، وكذلك يأتي عند هؤلاء وما كان من الجرح لا قصاص فيها، كالمأمومة والمنقلة على أحد قوليه، وإلى هذا نحا أبو محمد.

وأما غيره فتأولها على العمد والخطأ، واحتج بأنه لم يفصل بينهما وأنـه إنـما يمنع مما ليس يأخذ منه[3] عوضا، كالهبة والعتق وأما ما يأخـذ[4] عوضـه، وإن كانت لمنافعه، فجائز كالنكاح والخلع ودفعه القـصاص عنـه أولى بـالجواز مـن دفعه في الخلع والنكاح.

وتأول معنـى مـسألة الـصلح أنـه[5] إذا أراد ولم يفعـل ولـو فعـل مـضى كما قال هنا.

وقوله: [(ومن كان من غرماء الميت حاضراً عالمـا بتفليسه فلـم يقـم فـلا رجوع له على الغرماء)][6].

---

(1) في (م): (بها).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 7/ 418، و(العلمية): 3/ 387، و(السعادة/ صادر): 11/ 374، و(تهذيب البراذعي): 3/ 329.

(3) في (م): (لثمنه).

(4) في (ح): (يؤخذ).

(5) قوله: (أنه) ساقط من (ح).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 123، و(العلمية): 4/ 77، و(السعادة/ صادر): 13/ 227، و(تهذيب البراذعي): 3/ 636.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقيل: يوقف لهم حقوقهم، كالعيب إلا أن يتبين[1] منه ترك لدينه في ذمة الغريم.

قالوا: معنى ذلك على ذلك[2] القول أنهم حضور[3] بالبلد، ولم يحضروا مشاهدة القسمة، ولو شاهدوها لم يكن لهم رجوع؛ لقوله: [(إلا أن يتبين منه ترك لدينه[4])][5].

قالوا: وفي قوله: [(عالما بتفليسه)][6]، وتخصيصه المسألة بالمجلس[7] دليل الفرق بين الفلس والموت وأنهم في الموت يقومون[8] لو رأوا ماله يباع، كما قال سحنون في العتبية[9] وتفريقه بين الموت والفلس؛ لأن المفلس ذمته[10] باقية، وذمة الميت منقطعة.

وقوله: [(أرأيت الرجل يرهن رهنين بسلعتين مختلفتين، أحدهما بالسلف الآخر والآخر[11] بالأول والآخر .....

---

(1) في (ر2): (يتركب).

(2) في (ر2) و(ح): (هذا).

(3) في (ح): (حضروا).

(4) قوله: (في ذمة الغريم. قالوا: معنى ذلك ... منه ترك لدينه) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 123، و(العلمية): 4/ 77، و(السعادة/ صادر): 13/ 227، و(تهذيب البراذعي): 3/ 636.

(6) انظر: (زايد): 9/ 123، و(العلمية): 4/ 77، و(السعادة/ صادر): 13/ 227، و(تهذيب البراذعي): 3/ 636.

(7) في (م): (بالفلس).

(8) في (ح): (يقولون).

(9) قوله: (كما قال سحنون في العتبية) ساقط من (م). وانظر: البيان والتحصيل: 10/ 471.

(10) في (ح): (ذمة).

(11) في (م) و(ر2): (والأخرى).

فوقع ذلك بحال[1] ما وصفت لك فاسدا جهلوه)][2].

كذا وقعت المسألة في كتاب ابن وضاح على أصل ما وقع في المدونة، وفيه تلفيف وعدم تحصيل وتبيين.

وكذا رواية يحيى في كتاب الأصيلي، وأصل ابن المرابط.

ولأحمد بن داود وغيره، قلت: أرأيت لو أن رجلاً أتى إلى رجل له عليه دين، فقال له: أنا أقرضك - أيضاً[3] - على أن ترهنني رهناً بحقي الأول والثاني، قال: لا خير فيه، قلت: [(أرأيت إن وقع هذا بحال ما وصفت لك فاسداً جهلوه)][4].

وكذا كان في أصل كتاب ابن عتاب، وحوق عليه، وبها تصح المسألة، وعليها اختصر المختصرون، وبه [186/ أ] بينوها، قالوا: وهذا ما لم يحل الأول، ولو حل لكان جائزا وكذا نص عليه في كتاب محمد[5]، وهو بين؛ لأنه كابتداء سلف، ولا فرق - حينئذ - بين السلف الأول والثاني إلا أن يكون عديما؛ لأن أخذ رهنه بذلك مع السلف الثاني في حال العدم أو قبل حلول الأجل زيادة نفع في السلف.

وقوله: [(إن كان لي عبد وله علي دين وعلى عبدي دين لأجنبي، وعلي

---

(1) في (ر2): (بوصف).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 144، و(العلمية): 4/ 83، و(السعادة/ صادر): 13/ 234 و235، و(تهذيب البراذعى): 3/ 640.

(3) في (م): (قراضا).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 144، و(العلمية): 4/ 82 و83، و(السعادة/ صادر): 13/ 234 و235، و(تهذيب البراذعى): 3/ 640.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 139 و 194، والتبصرة، للخمي، ص: 5751.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

دينٌ لأجنبي[1] ففلسوني، فإن العبد يضرب مع الغرماء بدينه، قال: ويكون غرماء العبد أولى بما ضرب به العبد وما بقي في يديه من مال ثم قال: وتكون رقبة العبد لغرماء السيد)][2].

يحتج به من ذهب من الشيوخ إلى أنه لا يدخل العبد فيما يخاصص في ثمن رقبته وإنما يختص بذلك غرماء سيده، وإليه ذهب ابن سَبْلون[3]، وهو ظاهر من قوله: وتكون رقبة العبد لغرماء السيد[4].

وحمل أبو محمد وغيره المسألة على أنه يضرب بدينه في رقبته كسائر الغرماء.

واحتج بما وقع من مثل هذا في كتاب محمد[5]، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين؛ لأنه ذكر المسألة مجملة، ولم يذكر قوله: [(وتكون رقبة العبد لغرماء السيد)][6] جعله[7] غيرهم خلافا للمدونة.

وقوله في: [(الصناع، وما أشبههم، هم أحق بما في أيديهم)][8]؛ دليله

---

(1) قوله: (وعلي دينٌ لأجنبي) زيادة من (ح).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 143، و(العلمية): 4/ 82، و(السعادة/ صادر): 13/ 234، و(تهذيب البراذعي): 3/ 641.

(3) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 3/ 281.

(4) قوله: (يحتج به ... السيد) ساقط من (ح).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 150.

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 143، و(العلمية): 4/ 82، و(السعادة/ صادر): 13/ 234، و(تهذيب البراذعي): 3/ 641.

(7) في (ح): (وجعله).

(8) انظر: المدونة (زايد): 8/ 306، و(العلمية): 3/ 576 و(السعادة/ صادر): 12/ 19، و(تهذيب البراذعي): 3/ 509.

أنه[1] لو دفعوا ذلك إلى أربابه لم يكونوا أحق به، كما قال في كتاب ابن حبيب[2]، وفي العتبية[3]، وقال – أيضا – هم أحق، وإن سلموه[4].

وقوله في تعليل مسألة الجمال من أجل أنه: [(إنما[5] بلغ إلى الموضع على إبله)][6] استفاد منه أحمد بن خالد وغيره أن السفينة حكمها حكم الجمل[7]، كما روى أبو زيد عن ابن القاسم وإن ربها أحق بها في الموت[8] والفلس وإن الزرع والنخل إنما نميا[9] وبلغا بسقي[10] المساقي، فيجب أن يكون مثل ذلك في الموت والفلس، كما قال أصبغ قال: وهما كالمرتهنين[11].

وقوله في أخذ مال معتقه[12] إلى أجل: [(ولم ير السنة قريبا)][13].

وقال مُطرِّف: السنة قريب.

وفي مختصر ابن عبد الحكم: القرب الشهر، ونحوه[14].

---

(1) في (ح): (أنهم).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 70.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 10/ 433.

(4) انظر: البيان والتحصيل: 10/ 432، 433.

(5) في (ح): (إذا).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 152، و(العلمية): 4/ 86، و(السعادة/ صادر): 13/ 239.

(7) انظر: المقدمات والممهدات، لابن رشد: 2/ 45.

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 547.

(9) في (ر2) و(ح): (نما).

(10) في (ر2): (السقي).

(11) قوله: (وهما كالمرتهنين) يقابله في (ر2): (رآها كالمرتهن).

(12) في (ر2): (معتقة).

(13) انظر: المدونة (زايد): 9/ 153، و(العلمية): 4/ 87، و(السعادة/ صادر): 13/ 240.

(14) شرح الأبهري على المختصر الكبير لابن عبد الحكم مخطوط المكتبة الأزهرية: 3:

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال أصبغ[1]: الشهر[2]، وقع في بعض نسخ[3] من[4] المدونة آخر الكتاب بعد مسألة من ارتد وهرب إلى دار الحرب، قلت: ما قول مالك في المرتد والمرتدة، إذا باعا واشتريا بعد الردة لا[5] يجوز، قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، إلا أنه قال: يضرب أعناقهما إن لم يتوبا، ومالهما فيء للمسلمين، ولا يرثهما[6] ورثتهما المسلمون ولا النصارى، وأرى[7] إن لم يتب وقتل، وقد باع لم يجز بيعه ولا شراؤه ورد كله فإن أسلم جاز ما صنع.

ويوقف الإمام مال المرتد ويطعمه منه، وإن باع واشترى بعدما حجر السلطان عليه فرهقه[8] دين لم يلحقه في ماله هذا، ولا فيما يفيده من صدقة أو غيرها إن قتل على ردته وإن أسلم كان ذلك في ماله وما ربح - أيضا[9] - من تجارته في حال ردته[10] فهو - أيضاً - فيء كماله قلت: فإن ارتد ولم يعلم بردته فاتجر[11] سنين، وداين الناس، قال: ذلك جائز عليه؛ لأن هذا قد طال أمره، =

144/ ب، ومخطوط جوتة، بألمانيا: 163/ ب.

(1) قوله: (أصبغ) ساقط من (ح).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/ 67.

(3) في (ح): (النسخ).

(4) قوله: (من) زيادة من (ح).

(5) في (ر2): (أ).

(6) في (ح): (يتوارثهما).

(7) في (ح): (فأرى).

(8) في (ر2): (برهنه)، وفي (ح): (فرهنه).

(9) قوله: (أيضا) زيادة من (م).

(10) قوله: (في حال ردته) ساقط من (م).

(11) في (ح): (فتجر).

ولم يعلم به وإنما يكون ما وصفت لك إذا ارتد فعلم به فرفع[1] إلى السلطان، وحبس للقتل، ولم تكن هذه المسألة في كتب شيوخنا، ولا نقلها أحد من المختصرين من المدونة ووقعت مخرجة في كتاب القاضي أبي[2] الأصبغ بن سهل، وقال: بآخرها[3]: هنا تم الكتاب عند محمد بن محمد بن أبي دليم[4].

تم كتاب الحجر والتفليس والمديان بحمد الله.

(1) في (ح): (فدفع).

(2) في (ح): (أبو).

(3) في (م): (يأخذها).

(4) قوله: (تم الكتاب ... أبي دليم) ساقط من (م).

كتاب المأذون

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب المأذون

قوله: [(إذا أذن لعبده في نوع من التجارة لزمه ما داين به في غير ذلك)][1] ويتجر فيما شاء؛ لأنه أقعده للناس فما يدري الناس لأي أنواع التجارة أقعده.

قال بعضهم: هذا يدل على إلزامه ما اتجر[2] به من الدين، وإن نهاه عنه؛ إذ لا يدري الناس[3] عم[4] نهاه[5] كما لا يدرون ما[6] قصره عليه وهو أحد قوليه في سماع أصبغ[7]، وفيه دليل - أيضاً - على أنه لو أشهر[8] ما أقعده له، وعلم به لم يلزمه شيء من غير ما أذن له فيه؛ لتعليله بجهل الناس بذلك، كما لا يلزم إذا حجر عليه، وأشهد على ذلك.

وقيل: يحتمل الخلاف في مسألة الدين إذا لم يشهده، ولو أشهده لم يلزم، قولاً واحداً وفيه - أيضاً - دليل على إسقاط الخلطة بين أهل الصناعات؛ لقوله: [(لأنه أقعده للناس)][9]، وذكر[10] في بعض نسخ المدونة

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 157، و(العلمية): 4/ 88، و(السعادة/ صادر): 13/ 242، و(تهذيب البراذعي): 4/ 5.

(2) في (ر2) و(ح): (تجر).

(3) في (ر2): (لو).

(4) في (ح): (عن من).

(5) قوله: (إذ لا يدري الناس عم نهاه) ساقط من (م).

(6) في (ر2): (عما).

(7) انظر: البيان والتحصيل: 10/ 495.

(8) في (ر2): (أشهد).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 157، و(العلمية): 4/ 88، و(السعادة/ صادر): 13/ 242، و(تهذيب البراذعي): 4/ 5.

(10) قوله: (وذكر) ساقط من (ر2).

في آخر الباب[1] قلت: [(أرأيت إن قال لعبده: أد الغلة إلي، أيكون هذا مأذوناً له في التجارة في قول مالك؟ قال: لا يكون مأذونا له بهذا)][2]، وضرب على [186/ ب] هذه المسألة في كتاب ابن وضاح وهي صحيحة المعنى مثل المسألة التي[3] قبلها.

وقوله في المأذون إذا أخذ[4] بالثمن فأجاب[5]: فإذا[6] وضع للاستيلاف[7] أنه جائز.

ثم قال: [(فالعبد المأذون الذي سألت عنه إذا صنع مثل ما يصنع التجار. فإن ذلك جائز)][8]؛ ظاهره جواز التأخير للاستيلاف، ولم يراع منفعة السلف؛ إذ المنفعة - ههنا - ليست بمستجلبة من المؤخر، وإنما هو معروف في حقه.

وذهب سحنون إلى أنه لا[9] يجوز؛ لأنه سلف جر نفعاً، وهو أظهر لحصول[10] المنفعة بذلك لرب المال والتصرف فيه المؤخر، وهو المأذون ولا

---

(1) قوله: (الباب) يقابله في (م) و(ر2): (أول باب).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 294، و(العلمية): 4/ 160، و(السعادة/ صادر): 14/ 329، و(تهذيب البراذعي):4/ 72.

(3) قوله: (التي) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (أخر).

(5) قوله: (فأجاب) ساقط من (م).

(6) في (م): (وإذا).

(7) في (ح): (للاستيناف).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 158، و(العلمية):4/ 88، و(السعادة/ صادر): 13/ 243، و(تهذيب البراذعي): 4/ 6.

(9) قوله: (لا) ساقط من (م).

(10) في (ح): (بحصول).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

تبالِ ممن كانت على أصولنا.

وقوله في المأذون: [(يستهلك الوديعة أنها في ذمته)][1].

قال في كتاب محمد: وفي ماله قال بعضهم: هو دليل المدونة بعد هذا من قوله: إنما يكون في ذمة العبد في مال إن طرأ له[2]، وهو[3] دليل كتاب الوديعة[4]، وقال أَشْهَب: بل في ذمته خاصة[5]، وإن كان وعدا لم يتبع بشيء، وقال غيره: إن استهلكها بتعدٍ فهي في رقبته.

وقوله: [(وأما أم ولده فتباع في دينه ومعنى[6] ذلك، بعد الوضع وأما وهي[7] حامل فلا)][8]؛ لأن الولد للسيد، ولا يصح بيعها دون جنينها، وقيل: معناه إذا أذن السيد في بيعها، علم بالحمل أم لا.

وقوله فيما وهبه المكاتب والمدبر: [(وأم الولد والعبد أو تصدقوا به فاستهلكه[9] من وهب له، ورد ذلك السيد، تكون قيمة ذلك لهؤلاء ديناً

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 159، و(العلمية): 4/ 89، و(السعادة/ صادر): 13/ 243، و(تهذيب البراذعي): 4/ 6

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 164، و(العلمية): 4/ 92، و(السعادة/ صادر): 13/ 247، و(تهذيب البراذعي): 4/ 6.

(3) في (ح): (وهذا).

(4) انظر: المدونة (زايد): 10/ 370، و(العلمية): 4/ 440، و(السعادة/ صادر): 15/ 153، و(تهذيب البراذعي): 4/ 299.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 448.

(6) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(7) في (ر2) و(ح): (هي).

(8) انظر: المدونة: (زايد): 9/ 160، و(العلمية): 4/ 89، و(السعادة/ صادر):13/ 244، و(تهذيب البراذعي): 4/ 6 و7.

(9) في (ح): (فاستهلكوا).

على المتصدق عليه، إلا أن يكون ذلك من السيد انتزاعا فذلك له فإن مات السيد أو أفلس[1] قبل أن ينتزعه، وقد كان رد ذلك، وأقره لهم فذلك لهم)][2].

وقوله: وأفلس ثابت عندي، وفي الأصول، وكتب عليه في حاشية كتاب ابن سهل: خط عليه ابن وضاح.

وقوله في المأذون: [(إذا حابى[3] سيده: لا يحاص بشيء)][4]، وقد قيل: هذا والذي يأتي على الأصل أن يحاص بقيمة سلعته التي باع منه لا بما زاد للمحاباة.

وقوله: [(إنما يكون في مال وهب له أو تصدق به عليه أو أوصى[5] له به فقبله العبد)][6]، ظاهر[7] في أن السيد لا يمنعه من قبوله، وظاهر في أن الغرماء لا يجبرونه على قبوله كما قال[8] في غير الكتاب[9] في المفلس،

---

(1) في (ح): (فلس).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 161، و(العلمية): 4/ 90، و(السعادة/ صادر): 13/ 245، و(تهذيب البراذعي): 4/ 7.

(3) في (ر2): (جاء).

(4) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 162، و(العلمية): 4/ 91، و(السعادة/ صادر): 13/ 246، و(تهذيب البراذعي): 4/ 7.

(5) في (ح): (وصي).

(6) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 164، و(العلمية): 4/ 92، و(السعادة/ صادر): 13/ 247، و(تهذيب البراذعى): 4/ 8.

(7) في (ح): (ظاهره).

(8) قوله: (قال) ساقط من (م).

(9) قوله: (غير الكتاب) يقابله في (ر2): (عجز المكاتب).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وتأمل هذا مع قوله: [(إذا وهب للعبد مال فالغرماء أولى)][1]؛ ظاهره ما تأول أبو محمد؛ أي هبة كانت أو صدقة، خلاف ما ذهب إليه أبو الحسن القابسي أن هذا يختص بما وهب له ليقضي به دينه دون غيره مما وهب له مطلقا[2].

وقول ربيعة: [(ويصير في مال العبد وفي عمله)][3] يحتمل أنه خلاف وأنه جعل الدين في كسبه، ويحتمل أن يريد بعمله كسبه من التجارة، كما قال مالك قبل هذا أو كسبه من التجارة فيكون وفاقاً، ويحتمل أن يرجع على قوله قبل: هذا، وما تحمل به سيده عنه فهو على سيده فيكون أيضاً وفاقا.

وقوله في الدنانير: [(إن شهد الشهود أنهم لم يفارقوه، وأنها بعينها)][4] شرط بعضهم فيها[5] هذا الشرط، وأنهم متى فارقوه لم[6] يكن الغريم أحق بها وإن عينوها، وقيل: لا يلزم إلا بعينها فقط[7].

وقوله: [(يقول الله تبارك[8] وتعالى: وأكلهم الربا وقد نهوا عنه)]؛

---

(1) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 163، و(العلمية): 4/ 91، و(السعادة/ صادر):13/ 246، و(تهذيب البراذعي): 4/ 8.

(2) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 172.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 164، و(العلمية): 4/ 92، و(السعادة/ صادر):13/ 247.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 165، و(العلمية): 4/ 93، و(السعادة/ صادر): 13/ 248، و(تهذيب البراذعي): 4/ 8.

(5) في (ح): (في).

(6) في (ح): (ولم).

(7) قوله: (فقط) ساقط من (م).

(8) قوله: (تبارك) زيادة من (ح).

كذا[1] وقع في بعض[2] النسخ، وهو مما غيرته الرواة[3] من القرآن غفلة مروا عليه والتلاوة [(﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَقَدْ نُهُوا۟ عَنْهُ﴾ [النساء: 161])][4]، وقد وقع مثله في الموطأ وغيره، وبالله التوفيق.

تم كتاب المأذون له في التجارة بحمد الله وحسن عونه، سيتلوه الحمالة والحوالة إن شاء الله تعالى[5].

(1) في (ر2): (وقد).

(2) قوله: (بعض) ساقط من (ر2) و(ح).

(3) في (ح): (الروای).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 167، و(العلمية): 4/ 94، و(السعادة/ صادر): 13/ 249، و(تهذيب البراذعي): 4/ 10.

(5) قوله: (وبالله التوفيق ... إن شاء الله تعالى) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الحمالة والكفالة

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الحمالة والكفالة[1]

اعلم أن الحمالة والكفالة والزعامة والقبالة والضمانة والضمان بمعنى يقال: هو حميل بكذا أو[2] كفيل[3] أو[4] زعيم أو قبيل[5]، وأدين[6] وضامن[7].

ومثله عزيز وصبير[8] وكوين سبعة ألفاظ مترادفة على معنى واحد ومعنى ذلك كله واشتقاقه من الحفظ والحياطة.

---

(1) قوله: (والكفالة) زيادة من (ر2).

(2) في (ر2): (و).

(3) في (ر2): (كذا).

(4) في (ر2): (و).

(5) في (ح): (وقيل).

(6) في (ح): (أو أداين) وصوابه: (وأذين).

(7) فيتضح مما ذكره عياض أن الحمالة، والكفالة، والزعامة، والقبالة، والضمانة، والضمان تتوارد في كلام العرب على معنى واحد، ونص على ذلك ابن دريد في قوله: «والحميل: الكفيل، يقال: أنا حميلٌ بذا؛ أي: كفيل به، وقد حَمَلْتُ به حَمَالةً، كما قالوا: كفلت به كفالةً، وزعمت به زعامةً»، والقرطبي حيث قال: «والزعيم، والكفيل، والحميل، والضمين، والقبيل سواء، والزعيم الرئيس»، وجاء في البحر المحيط: «والقبيل، والكفيل، والزعيم، والأدين، والحميل، والضمين بمعنى واحد».

انظر: جمهرة اللغة: 1/ 567، والمنتخب من غريب كلام العرب، لكراع النمل: 1/ 393، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص: 233، وغريب الحديث، للخطابي: 2/ 552، والجامع لأحكام القرآن: 9/ 231، والبحر المحيط: 4/ 208، والتبيان في تفسير غريب القرآن، لشهاب الدين أحمد بن محمد الهائم المصري، ص: 247.

(8) في (ر2): (وصبي).

فالكفالة: أصلها من الكفل[1] وهو الكساء الذي يحوي[2] حول سنام البعير؛ ليحفظ الراكب[3] هناك، وكأن الكفيل والكافل حائط، وحافظ لما ولي من الأمور ولما التزمه من مال.

والضامن - أيضاً - مأخوذ من الضمن وهو الحرز، وكل شيء أحرزته في شيء فقد ضمنته إياه.

والقبالة أصلها من القوة، ومنه: مالي بهذا قبل؛ أي طاقة وقوة، ومنه: قبيل الحبل وهو فتله الأول، فكأن[4] القبيل قوة، وحيطة في استيفاء الحق، قال الله تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا﴾ [الإسراء: 92] [187/ أ].

والزعامة: أصلها السيادة[5]، فكأن هذا لما تكفل به ساده بذلك، وحكم عليه، وحاطه[6] بذلك ما تقبل منه، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]، وقال ﷺ: «**الزعيم غارم**»[7].

---

(1) في (ح): (الكفيل).

(2) في (م) و(ر2): (يجري).

(3) قوله: (ليحفظ الراكب) يقابله في (ح): (يجعل للراكب).

(4) في (م) و(ر2): (فكان).

(5) ما ذكره عياض في كلمة (الزعامة) جاء ذِكره في كثير من كتب اللغة- وإن لم يصرح أحد بالتأصيل – فيقول ابن دريد: «وزَعيم الْقَوْم: سيّدهم، وَالاسْم: الزعامة»، ويقول ابن فارس: «ومن الباب الزَّعَامة، وهي السِّيادة؛ لأنّ السيِّد يَزْعُمُ بالأمورِ»، وذكر الجوهري، وابن سيده، وابن منظور، والفيروز آبادي نحواً من كلامهما.
انظر: جمهرة اللغة: 2/ 816، ومعجم مقاييس اللغة: 3/ 10، والصحاح: 5/ 1942، والمحكم والمحيط الأعظم: 1/ 535، ولسان العرب: 12/ 264، والقاموس المحيط: 1/ 1443.

(6) في (ر2): (وحاط).

(7) أخرجه أبو داود في سننه: 2/ 319، كتاب: الإجارة، باب: في تضمين العارية، رقم 3565، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والحمالة: من الحمل وأصلها من حمل الدية وهي من الحمالة وفي الحديث: «الحميل غارم»[1].

والإذانة[2] بمعنى[3] الإيجاب[4] قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم: 7]، ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكَ لَيَبْعَثَنَّ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: 167] أصلها من الأذان وهو[5] الإعلام والضامن أوجب على نفسه من أداء المال ما لزمه، وأعلن بذلك على نفسه.

وأما الصبير: فمأخوذ من الصبر وهو الثبات وأصله الحبس[6] ومنه المصبورة، وهي المحبوسة للرمي، وفي حديث الحسن البصري: من أسلف، فلا يأخذن صبيراً ولا رهناً، فكأنه أثبت على نفسه حقا وحبس نفسه بأدائه[7].

=

والترمذي في سننه: 3/ 565، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، كتاب: البيوع، رقم 1265، وابن ماجه في سننه: 2/ 804، باب: الكفالة، كتاب: الصدقات، رقم 2405، قال الترمذي: حديث حسن غريب.

(1) جامع الأصول: 7/ 61، رقم 5026.

(2) في (م) و(ر2): (والإدانة).

(3) قوله: (بمعنى) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (الإيجار).

(5) في (ح): (وهي).

(6) يقول الأزهري في تهذيبه – موافقاً قول عياض –: «وأصلُ الصَّبر: الحَبْس، وكلُّ من حَبَس شيئاً فقد صبَرَه»، ويؤصلها ابن فارس بقوله: «الصاد والباء والراء أصولٌ ثلاثة ... فالأول: الصَّبْر، وهو الحَبْس، يقال: صَبَرْتُ نفسي على ذلك الأمر؛ أي حَبَسْتُها»، وتابعهما ابن دريد، والمطرزي، وابن منظور، والكفوي، والزبيدي.

انظر: الاشتقاق، ص: 126، وتهذيب اللغة: 12/ 121، ومعجم مقاييس اللغة: 3/ 329، والمغرب في ترتيب المعرب: 1/ 465، ولسان العرب 4/ 437، والكليات: 1/ 884، وتاج العروس: 12/ 271.

(7) في (ح): (لأدائه).

وأما الكوين: فمعناه مثل هذا كله من قولهم: كنت[1] لك بكذا، وكذلك قالوا: أنا عزيزك أي كفيلك.

الحمالة على ثمانية وجوه:

حمالة مبهمة مطلقة، وهو أن يقول: أنا لك حميل أو زعيم، ونحوه.

وحمالة بمال مطلق[2].

وحمالة بمال على أنه لا رجوع[3] على المحتمل[4] عنه[5] وهو المحتمل عليه[6].

وحمالة بوجه[7] أو بنفس مطلقة.

وحمالة بنفس مقيدة؛ أي ليست من المال في شيء.

وحمالة بطلب.

وحمالة مترقبة بما يثبت[8] على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه.

وحمالة بالجنايات وكل هذه الوجوه جائزة على الجملة لازمة.

فأما المبهمة المطلقة، فاختلف شيوخنا إذا عريت من لفظ أو[9] دليل أو

---

(1) في (م) و(ر2): (كنيت).

(2) في (ح): (مطلقا).

(3) في (ر2): (وجود له)، وفي (ح): (ألا رجوع).

(4) في (ر2): (المتحمل)، و(ح): (المتحمل).

(5) قوله: (عنه) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (المحتمل عليه) يقابله في (ر2) و(ح): (الحمل).

(7) قوله: (بوجه) ساقط من (ح).

(8) في (ح): (ثبت).

(9) في (ر2): (و) وقوله: (أو) ساقط من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قرينة هل تحمل على المال؟ أو على[1] النفس؟

وأما حمالة المال المطلق، فلازمة وفيها الرجوع بالمال على المحتمل عنه بكل حال إلا في مسألة وهي: حمالة الصداق في عقد النكاح ففيها خلاف، هل فيها رجوع؟ كسائر الحمالات، وهي إحدى روايتي عيسى عن ابن القاسم[2].

والثانية: أنها حمل لا رجوع فيه[3]، وهو مذهبه في المدونة[4] والعتبية[5]، وكذلك[6] في الواضحة[7].

وأما الحمالة بالمال[8] على أن لا يرجع فهو الحمل.

واختلف فيه، هل يحتاج إلى حوز فيبطل بموت الحامل أو هو كالحمالة لا تحتاج إلى حوز والقولان في الواضحة[9].

وأما حمالة النفس[10] أو الوجه المطلقة، فالمشهور سقوطها بإحضار الوجه، كيف كان، ولزوم الغرم إذا لم يحضره، ومحمد بن عبد الحكم[11] لا

---

(1) قوله: (على) زيادة من (ر2).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 5/ 13 .

(3) في (م): (فيها).

(4) انظر: المدونة (زايد): 3/ 380 و381، و(العلمية): 2/ 150، و(السعادة/ صادر): 4/ 220 .

(5) انظر: البيان والتحصيل: 5/ 14.

(6) في (ح): (كذاك).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 4/ 423 .

(8) في (ر2): (في المال).

(9) انظر: البيان والتحصيل: 5/ 13 و14.

(10) قوله: (النفس) ساقط من (م).

(11) قوله: (ابن عبد الحكم) ساقط من (م).

يلزمه من المال شيء في الوجهين[1].

ولمالك في كتاب ابن الجهم أنها كحمالة المال سواء، تلزمه في كل وجه[2].

وأما حمالة الوجه المقيدة، فلا يلزم بها من أداء المال شيء في الوجهين، ولمالك من كتاب ابن الجهم أنها كحمالة المال سواء تلزمه في كل وجه، وأما حمالة الوجه المقيدة فلا يلزم بها من أداء المال شيء[3]، إلا أن يقدر[4] على إحضاره، فلا يمكن منه أو ينذره فيهرب وإن اتهم على تغييبه حبس فيه حتى يحضره.

وأما حمالة الطلب فتصح في كل شيء وتصح فيما يتعلق بالأبدان وحقوق الآدميين والقصاص إذا رضي بذلك صاحب الحق وتركه بحامل يحضره له متى شاء ولا شيء على الحامل إن لم يحضره مما لزمه إلا أن يعلم أنه نفره، وأمكنه حين طلب بإحضاره فتركه حتى أعجزه فهذا يسجن حتى يحضره[5]، ويعاقب بقدر غروره وما أدخل فيه نفسه.

وأما الحمالة المترقبة فلازمة فيما[6] يثبت بالبينة، وهل يلزم[7] بما يقر به المطلوب بعد إنكاره؟ مختلف فيه، والقولان قائمان من المدونة[8] وسيأتي بعد ما

---

(1) انظر: النوادر والزيادات:10/ 109 و110.

(2) انظر:التبصرة، للخمي، ص: 5605 .

(3) قوله: (في الوجهين ولمالك ... أداء المال شيء) زيادة من (ح).

(4) في (ر2): (يكون).

(5) قوله: (متى شاء ولا شيء ... يسجن حتى يحضره) ساقط من (ر2).

(6) في (ح): (بما).

(7) في (ح): (تلزمه).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 186، و(العلمية): 4/ 102، و(السعادة/ صادر): 13/ 260، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

في الكتاب من ذلك.

وأما الحمالة في الجنايات، وما يتعلق بها من الحدود والقصاص، وعقوبات الأبدان فلا تصح[1] على الجملة.

وذهب بعض أهل العلم إلى جوازها، وجعلوا حكمها حكم الحمالة بالوجه المقيدة[2]، ولا شيء عليه إن لم يأت به، إلا عثمان البتي، فإنه يلزم الحميل بالنفس في القتل والجراح إن[3] لم يأت بدية القتل، وأرش الجراحات[4].

ولأصبغ في كتاب ابن حبيب في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل وأخذ المال: يؤخذ فيعطي[5] حملاء[6] يتحملون عنه[7] بكل ما اجترم من قتل وأخذ مال إن ذلك يلزمهم ويؤخذون بكل ما يؤخذ به، إلا أنهم لا يقتلون[8].

قال فضل بن سلمة: انظر قوله فإن كان أراد أنهم يؤخذون بما[9] اجترم من المال إلا القتل والجراح أو أنهم يؤخذون بالدية في القتل.

قال القاضي رحمه الله: فعلى هذا التأويل يوافق مذهب البتي.

و(تهذيب البراذعي): 4/ 20.

(1) في (م) و(ر2): (يصح).

(2) في (ح): (المتقيدة).

(3) في (ح): (وإن).

(4) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 86.

(5) في (ح): (ويعطي).

(6) في (ر2): (حميلا).

(7) في (ح): (منه).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 329.

(9) في (ح): بياض بقدر كلمة.

قال القاضي رحمه الله: والحمالة - أيضاً - تنقسم في تقسيم آخر على قسمين:

من جهة المتحمل به: وهو المعلوم والمجهول، وذلك على ثلاثة أقسام.

من جهة المتحمل عنه[1]: وهو الميت والحاضر والغائب، وكلها جائزة عندنا خلافاً لمن خالف في بعض هذه الأقسام من العلماء.

وقوله في الكتاب في حميل الوجه: [(إن لم يأت به [187/ ب] إلى الأجل أنه يتلوم له، فإن أتى به وإلا غرم فإن غرم ثم جاء به لم يسترجع المال)][2].

قال غيره: [(فإن لم يحكم عليه حتى أتي به فقد برئ، فإن[3] لم يأت به فحكم عليه بالمال مضى الحكم ولزمه المال)][4]، ونحوه لابن القاسم وغيره[5].

اختلف الشيوخ في معنى الحكم الذي ذكر - هنا - فذهب بعضهم إلى أنه الإشهاد بالحكم، فإذا أشهد الحاكم مضى ذلك عليه، وإن لم يدفع المال عديما كان الغريم أو ملياً وهو قول عبد الملك.

وقال بعضهم: المراد بالحكم[6] - هنا - القضاء عليه بالمال ودفعه لربه وأنه ما[7] لم يغرم المال، فإنه متى أتى بالمضمون سقط عنه، ومثله في سماع يحيى ونحوه عن سحنون[8].

---

(1) في (م) و(ر2): (عليه).

(2) انظر: تهذيب البراذعي: 4/ 14.

(3) في (ح): (وإن).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 174، و(العلمية): 4/ 97، و(السعادة/ صادر): 13/ 253، و(تهذيب البراذعى): 4/ 14.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 109، وفي (ح): (عبد الحكم).

(6) في (ح): (الحكم).

(7) قوله: (ما) ساقط من (ح).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 348 و349 .

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قالوا: ولو أراد بالحكم الإشهاد به لما قال: فإن غرم ثم جاء به لم يسترجع المال.

قال ابن لبابة: وظاهر كلامهم أنه لا يلزمه الغرم إذا جاء به بعد الحكم ما لم يغرم المال والنظر يقتضي أن يلزمه بعد الحكم وإن لم يغرم.

وأما رواية ابن[1] أبي زيد عن ابن القاسم، فإنه متى مضى الأجل غرم ولا ينفعه أن يأتي به[2] بعد الأجل[3]، ومثله عن محمد[4]، وهو خلاف للمدونة، وكذلك في سماع أصبغ إلا أنه قال: إلا أن يأتي به بعد الأجل قبل الطلب والنظر في الحكم فيبرأ[5].

وقوله في الكتاب: [(فيمن[6] ادعى قبل رجل حقاً، وهو منكر، فقال رجل للطالب: أنا كفيل لك بوجهه إلى غد المسألة إلى قوله: ولا يكون له أن يأخذ من الكفيل شيئا[7]، إلا أن يقيم البينة على حقه)][8].

ظاهر هذا اللفظ أن إقرار المنكر بعد لا يلزم الكفيل شيئاً إلا بإثبات البينة، وهو نص ما في كتاب محمد[9]، ومثله في سماع عيسى في العتبية[10] وعلى هذا

---

(1) قوله: (ابن) زيادة من (ر2).

(2) قوله: (به) ساقط من (ح).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 362 .

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 110 .

(5) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 321 .

(6) في (ح): (من).

(7) قوله: (شيئا) ساقط من (م).

(8) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 177، و(العلمية): 4/ 98، و(السعادة/ صادر): 13/ 254 و255، و(تهذيب البراذعي): 4/ 15.

(9) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 112 .

(10) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 428 و11/ 325 و326.

حمل مذهب الكتاب بعضهم.

واستدل - أيضاً - بقوله بعد هذا في الكتاب في مسألة: [(بايع[1] فلاناً فما بايعته به من شيء فأنا ضامن له)][2].

وقيل: بل إقراره كقيام البينة، وهو دليل الكتاب - أيضاً - من قوله: [(فلم يجئ به[3] من الغد)][4] فذلك شرط ثبوت حقه ببينة.

وبقوله في المسألة الأخرى: [(لأن الذي عليه الحق قد[5] جحده فدليله أنه لو أقر لزمه)][6]؛ ومثله - أيضاً - في سماع عيسى[7].

وقوله: [(ما ذاب[8] لك على فلان)][9] - بالذال المعجمة وسكون الألف - معناه: ما ثبت وصح.

ومذهبه في الكتاب في شرط صاحب المال على الكفيل أنه إن شاء أخذه

---

(1) في (ر2): (بائع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 186، و(السعادة/ صادر):13/ 260، و(العلمية): 4/ 102، و(تهذيب البراذعي): 4/ 20.

(3) قوله: (من شيء فأنا ضامن له ... فلم يجئ به) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 177، و(العلمية): 4/ 98، و(السعادة/ صادر): 13/ 255، و(تهذيب البراذعى): 4/ 15

(5) قوله: (قد) زيادة من (ر2) و(ح).

(6)انظر: المدونة (زايد): 9/ 178، و(السعادة/ صادر):13/ 255، و(العلمية): 4/ 99.

(7) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/ 325 .

(8) في (ر2): (دان)، وفي (ح): (ذأب).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 184، و(السعادة/ صادر): 13/ 258، و(العلمية): 4/ 101، و(تهذيب البراذعى):4/ 19ولفظه: (ما ثبت لك قِبَل فلان الذي تخاصمه فأنا له به كفيل، فاستحق قبله مالاً كان هذا الكفيل ضامناً له).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بحقه ويترك الغريمَ الجواز[1].

وقد كرر ذلك في مسائل الكفلاء من قوله في مسألة الثلاثة[2].

وقول غيره في مسألة الستة: أيهم[3] شاء أخذه بحقه أن له ذلك[4].

وهو قول أصبغ، وقال أَشْهَب وابن كنانة وابن الماجشون: الشرط باطل.

وقال ابن القاسم: مثله – أيضا – إلا في القبيح المطالبة أو ذي السلطان[5].

ومسألة[6]: [(الستة كفلاء)][7]؛ ذكر فيها من التفسير والشرح في كتب أئمتنا ما لا مزيد عليه، ولكن ننبه على نكتة يغفل عنها كثير من الناس فربما وضعوا الخلاف في بعض وجوهها في غير موضعه والخلاف فيها في موضعين لا تخلو كفالتهم بعضهم ببعض أن يكون الحق[8] عليهم.

وهي مسألة الستة التي[9] في الكتاب.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 180، و(العلمية): 4/ 99، 100، و(السعادة/ صادر): 13/ 256.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 187 – 189، و(العلمية): 4/ 103 و104، و(السعادة/ صادر): 13/ 261 و262، و(تهذيب البراذعي): 4/ 21.

(3) في (ح): (أنهم أن).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 190، و(العلمية): 4/ 104 و105، و(السعادة/ صادر): 13/ 262، و(تهذيب البراذعي): 4/ 22.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 158، والمقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 73.

(6) في (ح): (مسألة).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 190، و(السعادة/ صادر): 13/ 262 و263، و(العلمية): 4/ 104 و105، و(تهذيب البراذعي): 4/ 22.

(8) في (ح): (بحق).

(9) قوله: (التي) ساقط من (ر2) و(ح).

أو يكون الحق على غيرهم وهي مسألة الثلاثة[1] فيها.

ومسألة الأربعة في العتبية[2]، فأما إذا كان المال[3] عليهم ثم ضمن بعضهم بعضاً على ما وقع في قول الغير في الكتاب فودى[4] أحدهم المال، وهو ستة[5] مائة على كل واحد مائة في الأصل ديناً، ثم لقي الثاني، فلا خلاف أنه يطالبه بما يقع عليه هو من المال، وهو مائة ولا يأخذ منه المائة التي ضمنها عنه في خاصته، ولكن يقتسمان ما بقي حتى يستويا فيه[6].

وأما إن كان الحق على غيرهم، وهم كفلاء فقط، بعضهم ببعض، فههنا اختلف إذا أخذ الحق من بعضهم[7] ثم لقي الآخر، هل يقاسمه بالسواء في الغرم حتى يعتدلا؟ إذ الحق على غيرهم أو إنما يقاسمه بعد إسقاط[8] ما يخصه من الحق، كالمسألة الأولى[9].

وإلى التسوية ذهب ابن لبابة والتونسي[10] وغيرهما، قالوا: لأنهم سواء في الحمالة، وليس يخص أحدهم ما لا يخص غيره.

---

(1) في (ح): (الثلاث).

(2) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 366.

(3) قوله: (المال) ساقط من (ح).

(4) في (ح): (فأدى).

(5) في (ر2): (ست)، وفي (ح): (ستمائة).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 190 و191، و(العلمية): 4/ 105، و(السعادة/ صادر): 13/ 263، و(تهذيب البراذعي): 4/ 22 و23.

(7) في (ح): (عندهم).

(8) في (ح): (إسقاطه).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 192، و(العلمية): 4/ 105 و106، و(السعادة/ صادر): 13/ 263، و(تهذيب البراذعي): 4/ 23.

(10) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 74.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وإلى المحاسبة ذهب كثير من الشيوخ[1] الأندلسيين ونحوه في كتاب محمد[2].

وفي سماع أبي زيد في المستخرجة[3]: وجعلوا ما ينوب كل واحد منهم من المال، وهو مائة بالحمالة، كما لو ثبت عليه من أصل دين كمسألة الستة في المدونة[4].

وكذلك اختلفوا في فصل من آخر المسألة، وهي: [(إذا لقي الثاني من الستة الثالث)][5] في مسألة الكتاب، فإنه قال: [(يأخذه بخمسين قضاها عنه في خاصته من الدين الذي عليه، ويرجع عليه بخمسة وسبعين نصف ماأدى بالحمالة، وهي مائة وخمسون فجميع ذلك مائة وخمسة وعشرون)][6]، وعلى هذا النحو حسب الفقهاء كلهم المسألة وصوروا التراجع بينهم إلى تمام المسألة.

[188/ أ] وذهب أبو القاسم الطبري[7] الفارض إلى أن العمل على هذا غلط في الحساب، وأن صورة التراجع من الثاني مع الثالث يجب أن يكون على غير هذا العمل بل يجب إذا التقى الثالث مع أحد الأولين وطلبه بالاعتدال معه أن يقول له الثالث: نحن الثلاثة كأنا اجتمعنا معاً باجتماع بعضنا ببعض،

---

(1) في (ح): (الشيوخ).

(2) انظر:النوادر والزيادات:10/ 119.

(3) قوله: (المستخرج) ساقط من (ر2).

(4) انظر:البيان والتحصيل، لابن رشد:11/ 367.

(5) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 191، و(العلمية):4/ 104و(السعادة/ صادر): 13/ 262، و(تهذيب البراذعي): 4/ 24

(6) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 191، و(العلمية): 4/ 105، و(السعادة/ صادر): 13/ 263، و(تهذيب البراذعي): 4/ 24.

(7) قوله: (الطبري) ساقط من (ح).

ولو اجتمعنا معا لكان المال علينا أثلاثاً مائتان على كل واحد، فعلي مائتان غرمتها أنت وصاحبك عني فخذ واحدة أنت، وهي التي تقع لك وسأدفع إلى صاحبك المائة التي دفع عني إذا لقيته[1] فيستوي في الغرم كل واحد مائتين، كما لو اجتمعنا في دفعة واحدة، وهكذا إذا لقي الثالث الرابع، وهكذا[2] في بقية سائر المسألة فانظرها في معاملات الطبري[3].

وقوله: [(إذا أخر الكفيل هو تأخير للغريم، إلا أن[4] يحلف ما كان ذلك إلا للكفيل، فإن حلف طلب صاحب الحق، وإن أبى أن يحلف لزمه التأخير)][5].

قال بعضهم: لم يجعل – هنا – على الغريم يمينا، فهذه بينة في الكتاب أن يمين التهمة لا تنقلب.

وقوله: [(في الكفيل يدفع خلاف[6] ما على الغريم، قال: الذي عليه الأصل[7]، بالخيار إن أحب أن يدفع قيمة ما دفع الكفيل إن كان عرضاً، وإن كان طعاما فمكيلته)][8].

---

(1) في (ح): (التقيته).

(2) في (ر2): (كذا).

(3) في (ح): (الطنبيزي).

(4) قوله: (أن) ساقط من (ح).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 196، و(العلمية): 4/ 108، و(السعادة/ صادر): 13/ 267، و(تهذيب البراذعي): 4/ 26.

(6) قوله: (خلاف) ساقط من (ح).

(7) في (م): (الحق).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 197، و(العلمية): 4/ 109، و(السعادة/ صادر): 13/ 267،

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

سقط عند ابن عتاب ذكر الطعام - هنا - وثبت في كثير من النسخ.

وفي رواية يحيى، قال يحيى قوله: أو طعاما لا يعجبني، وقد نبه على اختلاف قول مالك في هذا بإثر قوله[1] بعد.

وقوله: [(إذا كان الطعام من تسليف لم يكن للكفيل أن يصالحه بأجود منه ولا أدنى، حل الأجل أو لم يحل[2] وإن كان مثل كيله)][3]، ومثله في السلم الثالث، ويدل كلامه هناك أنه في القرض[4] مثله، إلا أن يحل الأجل ويحضر الغريم، فيقضي عنه بأمره أجود أو أدنى.

وقال في الكفالة في: [(القرض بعد حلول الأجل: يجوز بأجود وأدنى ولم يشترط حضور الغريم)][5]، وكل هذا مشعر باختلاف قوله على القولين الذين[6] له هنا[7] في الكتاب في المسألة المتقدمة.

وقوله: [(وإن أعطاه[8] كفيلاً بعين السلعة وخلاصها، الكفالة باطلة[9] لا =

و(تهذيب البراذعي): 4/ 27.

(1) في (ر2): (قول غيره).

(2) قوله: (أو لم يحل) يقابله في (ح): (أم لا).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 208، و(العلمية): 4/ 114، و(السعادة/ صادر): 13/ 274، و(تهذيب البراذعي): 4/ 32

(4) في (ر2): (العرض).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 208، و(العلمية): 4/ 114، و(السعادة/ صادر): 13/ 274، و(تهذيب البراذعي): 4/ 32

(6) في (ح): (اللذين).

(7) في (ح): (منها).

(8) في (ح): (أعطى).

(9) في (ر2)و (ح): (باطل).

تلزم)][1].

وقال غيره: [(لا يخرج من الكفالة لما رضي أن يلزم نفسه، وهو الذي أدخل المشتري في دفع ماله للثقة منه وعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق أو الثمن)][2].

ثم قال: [(فإن[3] اشترط المشتري على البائع الخلاص وأخذ منه به كفيلا أن ذلك لا يحل)][4].

وقال آخر الباب في اشتراط ذلك على البائع: [(أنه[5] فاسد ينقض به البيع)][6].

حمل بعضهم أن الكلام الأول لم تكن الكفالة مشترطة في العقد فسقطت، وصح العقد، وهي في الأخرى مشترطة في العقد، ففسد الجميع وإنما[7] كانت[8] بين الكفيل والمشتري دون البائع على أنه بعيد من قوله: [(فإن أعطاه

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 200، و(العلمية): 4/ 110، و(السعادة/ صادر): 13/ 269، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 200، و(العلمية): 4/ 110، و(السعادة/ صادر): 13/ 269، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29.

(3) في (ر2): (وإن).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 200، و(العلمية): 4/ 111، و(السعادة/ صادر): 13/ 269، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29.

(5) في (م): (إنه).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 201، و(العلمية): 4/ 111، و(السعادة/ صادر): 13/ 270، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29.

(7) في (ح): (وإن).

(8) في (ر2): (كان).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كفيلا فإنما يعطيه للبائع)][1].

وقد أشار بعضهم إلى أنه إنما تعرض أولاً للزوم الكفالة، وإسقاطها، وتكلم أخيراً[2] على جواز البيع أو فساده فمذهبه في الكتاب فساده، وإن اشترط خلاص السلعة على البائع بكفيل، كما نص عليه أول الكتاب أو بعده كما نص عليه آخره.

وقيل: يختلف[3] في جوازه، وإسقاط الشرط أو يصح إن أسقط الشرط، ويفسد بالتمسك به.

وقال غيره: يرجع بالأقل؛ لأنه أدخل المشتري في دفع ماله فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق أو الثمن[4] يبين[5] أنه إنما تكلم إذا استحقت.

قالوا: ولو لم تستحق، وقد[6] فاتت رد البيع ولزمت المشتري القيمة ولو وجد عديماً لم يكن على الكفيل شيء في قولنا[7] جميعاً؛ لأنه إنما ضمن تخليصها من الاستحقاق وهذه قد خلصت له، ولم تستحق.

وقوله في الكتاب: [(ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط في البيع الأول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص إنما كتبوه على وجه التوثقة[8]

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 200، و(العلمية): 4/ 110، و(السعادة/ صادر): 13/ 269، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29.

(2) في (ح): (أخرى).

(3) في (ح): (وقال).

(4) قوله: (بالتمسك به. وقال ... تستحق أو الثمن) ساقط من (ح).

(5) في (م): (بيمين).

(6) قوله: (قد) ساقط من (ح).

(7) في (ح): (قولها).

(8) في (ر2): (الوثيقة).

والتشديد لنقضت به البيع)][1].

كذا في كتاب ابن عتاب وابن المرابط، وكثير من النسخ، وعليه اختصر أبو محمد وغيره؛ أي أنهم لم يعقدوا بيعهم على القيام والمطالبة بهذا وإنما يكتبه الموثقون تشديدا، وتوثقة فلذلك لم ينقض به البيع.

ولو كان على المطالبة بذلك أو عقد عليه البيع؛[2] لنقضه به على أصله في المسألة[3] المتقدمة –هنا– التي هي متأخرة في الأم بعد هذا، وهو معنى قوله: والبيع الأول؛ أي حين العقد لا حين كتب الوثيقة، وعقدها في ثاني حال.

ووقع في نسخ كثيرة: ولو أن الناس اشترطوا، بإسقاط[4] لا، وجاء بالمسألة على معنى المسألة الأخرى، وإن ما يكتب ويعقد [188/ ب] سواء وعلى إسقاط لا اختصرها ابن أبي زمنين.

وفي بعض النسخ: ولو ما[5] أن[6] الناس، وهي بالمعنى[7] رواية ابن أبي زمنين، وما صلة للكلام زائدة ورجح بعضهم هذه الرواية وصححها، قال: لأن الشرط أفسد العقد ولا يراعى فعلهما والأول أبين؛ لأنه قد[8]

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 200 و201، و(العلمية): 4/ 111، و(السعادة/ صادر): 13/ 270، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29.

(2) قوله: (ولو كان على المطالبة بذلك أو عقد عليه البيع،) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (المسألة) ساقط من (ح).

(4) في (ر2): (بإسقاطه).

(5) في (ر2): (لا).

(6) في (م): (رأى).

(7) قوله: (بالمعنى) ساقط من (م).

(8) قوله: (قد) زيادة من (ح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال: [(إنهم لا يريدون بذلك الخلاص إنما هي عادة[1] يكتبها الموثقون)][2] لم يكن من المتبايعين ذلك في[3] عقدهما أو كانت العادة عندهم، وإن قصدوا كتبها[4] ألا يطالب بها[5] لخلاص[6]، فهذا صحيح[7] الفعل، وقبيح[8] اللفظ فلا اعتبار به.

واختلف لو كان هذا الضمان بالثمن لا بخلاص السلعة، وكان البيع فاسداً بما قارنه من علل الفساد هل تسقط الكفالة بكل حال وهو مذهب ابن القاسم وأَشْهَب عند محمد[9]، وكذا لابن القاسم في العتبية[10].

وقيل ثبتت الكفالة بثبات البيع الفاسد إذا فات، وعلى الكفيل الأقل من قيمة السلعة أو الثمن[11]، وهو قول عبد الملك في المبسوط[12].

وقيل: يلزم بعلم الكفيل وحضوره فساد العقد، وهو لابن القاسم في

---

(1) في (ح): (زيادة).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 201، و(العلمية): 4/ 111، و(السعادة/ صادر): 13/ 270، و(تهذيب البراذعي): 4/ 29.

(3) في (ح): (وفي).

(4) في (ح): (كتب).

(5) في (ح): (بهما).

(6) قوله: (لخلاص) ساقط من (ح).

(7) في (ر2): (صح).

(8) في (ر2) و(ح): (قبح).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 126.

(10) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 310-312.

(11) في (ح): (والثمن).

(12) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5638.

العتبية أيضا[1].

وقوله في: [(التهمة في الإقرار في المرض للصديق الملاطف مع الدين لأنه لا[2] تجوز وصيته)][3] ولا يتهم إذا أقر له في غير دين، وكان يورث بولد أو كلالة سقط من كثير من الروايات: أو كلالة ولم يكن في كتاب ابن عتاب وكتبه خارجا.

وقال: كذا في أخرى[4] وكتب على ما في الأم كذا لإبراهيم[5]؛ لأنه تجوز[6] وصيته، وكذا في[7] رواية يحيى بن عمر، وكذا عند الدباغ والأبياني[8] في غير كتاب ابن عتاب؛ يعني مع الورثة ما كانوا إذا لم يكن عليه دين.

وعند ابن وضاح لأنه لا تجوز وصيته، وهو الذي في أصل ابن المرابط؛ يعني إذا كان عليه دين، وكلا الروايتين ترجع إلى معنى واحد.

فقوله: [(لأنه لا تجوز وصيته)] يرجع إلى ما قبله من قوله: [(لو أوصى مع الدين لم تجز[9])]، فكذلك إذا أقر في مرضه بكفالة[10] ثم استأنف الكلام

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 311.

(2) قوله: (لا) ساقط من (ح).

(3) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 210، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر):13/ 276، و(تهذيب البراذعي): 4/ 33.

(4) قوله: (كذا في أخرى) ساقط من (م).

(5) زاد في (ر2): (فيمن).

(6) في (ر2): (لا يجوز).

(7) قوله: (في) زيادة من (ر2) و(ح).

(8) في (ح): (الإبياني).

(9) في (ح): (يجز).

(10) في (ح): (بكفالته).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بعد[1] بقوله: [(ولا يتهم إذا أقر له من غير دين)][2]؛ يريد بدين [(وكان يورث بولد[3])]، ولا يثبت – هنا - زيادة ولا كلالة على مذهَبِه.

وأما على رواية غير ابن وضاح؛ لأنه تجوز وصيته ولا يتهم إذا أقر له من غير دين فكلام صحيح ثم يكون[4] قوله بعد ذلك: [(وكان يورث بولد)][5]، عائد على[6] الإقرار وعلى زيادة أو كلالة، يرجع الكلام إلى الوصية أو الإقرار بما فعل في المرض، فبهذا البيان تصح الروايات كلها.

وقوله فيمن: [(أقر في مرضه أنه تكفل في الصحة عن رجل وارث أو غير وارث، قال: إقراره لوارث بالدين في مرضه لا يجوز)][7].

وقال: [(في الرجل يقر في مرضه فيقول: كنت تصدقت على فلان بداري في صحتي[8] أو بدابتي أو حبست كذا أو أعتقت عبدي في صحتي لا يكون هذا في ثلث[9] ولا غيره، وإقراره هذا باطل كله)][10]؛ كذا جاء هذا الكلام في

---

(1) قوله: (بعد) زيادة من (م).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 210، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر): 13/ 276، و(تهذيب البراذعي): 4/ 34.

(3) في (ر2): (بذلك).

(4) قوله: (ثم يكون) ساقط من (ح).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 210، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر): 13/ 276، و(تهذيب البراذعي): 4/ 34.

(6) في (ح): (إلى).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 211، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر): 13/ 276، و(تهذيب البراذعي): 4/ 34.

(8) في (ح): (صحته).

(9) في (ح): (الثلث).

(10) انظر: المدونة (زايد): 9/ 211، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر): 13/ 276، =

الكتاب.

واختلف الناس في تأويله:

فأكثر المختصرين: أبو محمد وغيره[1]، ومن[2] بعده حملوا أن إقراره بالكفالة، كإقراره بالعتق والصدقة وغير ذلك؛ لقوله: [(وإقراره هذا باطل كله)][3].

وردوا على[4] هذا الكلام على جميع ما تقدم، واختصر ذلك ابن أبي زمنين مفصلاً على لفظ الكتاب.

وذهب بعضهم أن الكفالة بخلاف ما ذكر؛ لأنها دين من الديون، يلزم[5] إقراره منها[6] في المرض، كما يلزم إقراره منها[7] في الصحة، وإليه نحا ابن لبابة، وأبو عِمرَان[8] قالوا: وإنما[9] أبطل ما كان منها لوارث، ومن لا يصح إقراره له في المرض، وأما لغيره فيصح[10]، وهنالك[11] تمت مسألة

و(تهذيب البراذعي): 4/ 34.

(1) قوله: (وغيره) ساقط من (م) و(ح).

(2) في (ح): (فمن).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 211، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر): 13/ 276، و(تهذيب البراذعي): 4/ 34.

(4) قوله: (على) زيادة من (ح).

(5) في (ر2): (يلزمه).

(6) في (م): (بها).

(7) في (م): (بها).

(8) في (ر2): (عمر).

(9) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(10) في (ر2): (فصحيح).

(11) في (ر2): (وهناك).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الإقرار بالكفالة مفردة.

ثم جاء بمسألة الصدقة والحبس والعتق، وفصل بعضهم إقراره بالكفالة، فقال: [(إن أقر في مرضه أنه تكفل في صحته في أصل عقد بيع أو قرض فهو دين يلزم وليس بمعروف لأنه أخرج به الملك من يد مالكه، وإن أقر بكفالة بعد العقد فهو معروف كالصدقة والحبس وهذا لا يخالفه الآخر؛ لأنه لا يكون دينا إلا بكونه في العقد)]، كما ذكروا.

وأما العتق فكما قال في الكتاب: [(لا يلزم في ثلث ولا غيره)][1] فأنفذوها[2] كالصدقة والحبس وغير ذلك؛ لأنه اعترف بفعل في الصحة، وهو في[3] مرض لا تجوز[4] فيه أفعاله إلا في الثلث فما فعله في مرضه أو أوصى به إلا أن يقول: في هذه الأشياء فأنفذوها فإنها تخرج من الثلث.

وذكر محمد أنه روى عن مالك أن العتق في هذه المسألة ينفذ من الثلث؛ إذ لو ثبت نفذ من رأس المال، بخلاف الصدقة والحبس، إذ لو ثبت لم ينفذ لعدم الحوز، قال محمد: وهذا غلط ويبطل ذلك كله[5].

وقوله: [(ما تحمل به العبد من دين بإذن[6] سيده، فأفلس سيده أو مات بيع العبد إن طلب[7] صاحب الحق دينه قبل السيد، وإن رضي [189/أ] أن

---

(1) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 211، و(العلمية): 4/ 116، و(السعادة/ صادر): 13/ 276، و(تهذيب البراذعي): 4/ 34.

(2) قوله: (فأنفذوها) ساقط من (ح).

(3) قوله: (في) زيادة من (ر2) و(ح).

(4) في (ح): (لا يجوز).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 11/ 401.

(6) قوله: (بإذن) ساقط من (ح).

(7) في (ر2): (طالب).

يترك السيد، ويتبع العبد كان ذلك في ذمة العبد)][1].

وقال غيره: ليس ذلك له، وإنما على العبد ما عجز عنه مال سيده[2] فيكون في ذمته[3].

قيل: قول ابن القاسم - هنا - على قول مالك الأول: أن للطالب اتباع الكفيل مع يسر الغريم، وليس هذا[4] اختيار ابن القاسم.

قيل: هذا يخالف أصله هنا.

وقيل: إنما قال[5] هذا في هذه المسألة؛ لأن العبد مع سيده بخلاف غيره وذمته وذمة سيده كشيء واحد.

وقيل: بل المسألة على أصله، ولعل السيد فلس أو مات، وخاف المحاصة.

وقوله في الذي أجبر عبده على الكفالة: [(ذلك غير لازم للعبد، إذا قال[6]: لا أرضى لأني[7] إن أعتقت لزمتني هذه الكفالة)][8] ثم[9] وصل ذلك بقوله: [(قال مالك في الذي يعتق عبده على أن عليه مائة دينار: إن ذلك لازم

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 216، و(العلمية): 4/ 119، و(السعادة/ صادر): 13/ 280، و(تهذيب البراذعي): 4/ 36.

(2) في (ر2): (السيد).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 216، و(العلمية): 4/ 119، و(السعادة/ صادر): 13/ 280، و(تهذيب البراذعي): 4/ 36.

(4) في (ر2) و(ح): (هو).

(5) قوله: (قال) زيادة من (ر2) و(ح).

(6) في (ر2): (قيل).

(7) في (ر2): (أني).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 217، و(العلمية): 4/ 120، و(السعادة/ صادر): 13/ 281، و(تهذيب البراذعي): 4/ 37.

(9) قوله: (ثم) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

للعبد، وإن كره[1] العبد[2])][3].

كذا عندي في أصلي، وفي كتاب ابن سهل وابن المرابط، وعليه مائة دينار، ومثل هذا في كتاب المكاتب، وفي العتق الثاني خلافه، فقيل: لعل سحنون[4] أدخل هذه المسألة بعد ذكره مسألة إجبار العبد على الكفالة[5].

وقوله: [(لا يلزم تنبيها[6] على الخلاف)]، وأن مذهب ابن القاسم في المسألة[7] خلاف قول[8] مالك، وأنه يأتي على قول مالك إلزام الإجبار[9]، وهو قول عبد الملك، وقال مثله ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه[10].

وقيل[11]: لعله أشار إلى التفريق بين العتق، والحمالة لحرمة العتق؛ ولأن ما أدخل فيه العبد من إلزام المائة انتفع بعوضها من تعجيل العتق ولا منفعة له في إلزام الكفالة.

ومعنى التعنيس: كبر المرأة في بيت أبويها.

---

(1) في (م): (أنكر).

(2) قوله: (كرها لعبد) يقابله في (ح): (كره العبد).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 217، و(العلمية): 4/ 120، و(السعادة/ صادر): 13/ 281، و(تهذيب البراذعي): 4/ 37.

(4) في (م): (سحنونا).

(5) قوله: (على الكفالة) ساقط من (م).

(6) في (ر2): (لينبه).

(7) في (م): (المدونة).

(8) في (ر2): (لقول).

(9) في (ر2): (الإخبار).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 150.

(11) قوله: (وقيل) ساقط من (م).

ويقال أيضا: للتي بقيت مدة لم تتزوج.

ويقال ذلك في الرجل - أيضاً - إذا بقي بعد إدراكه لا يتزوج زماناً، وهي في عرف الفقهاء في البكر إذا كبرت، ولم تتزوج لكنهم أجروا حكمها في أفعالها قبل التزويج، وبعده سواء.

يقال: عنست المرأة، وعنست بفتح العين، وضمها، وتشديد النون، وفتحها مع الفتح وكسرها مع الضم[1]، ويقال - أيضا[2] - عنست بفتح العين وضمها[3]، وتخفيف النون فهي عانس ومعنسة، ويقال: أعنست -أيضاً - وأصل الكلمة من القوة والتمام ورأيت لبعض أهل[4] اللغة أنها لا تسمى بذلك لأقل من ثلاثين سنة[5].

---

(1) قوله: (مع الضم) ساقط من (ر2).

وافق عياض بعضاً من أهل اللغة في روايته للفظ (معنسة) إلا أنهم صرحوا بأن الأفصح فيها ضم العين وتشديد النون مع كسرها؛ يقول ابن قتيبة – نقلاً عن الأصمعي –: «عُنِّسَتِ المرأة: إذا كبرت ولم تُزَوَّجْ فهي مُعَنَّسَةٌ، ولا يقال عنَسَت»، ونقل عنه الجوهري – أيضاً –: «وقال الأصمعي: لا يقال عَنَست، ولكن عُنِّست على ما لم يُسمَّ فاعله، وعنسها أهلها».

انظر: أدب الكاتب، ص: 291، والصحاح: 3/ 954، والقاموس المحيط، ص: 722.

(2) قوله: (أيضا) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (وتشديد النون ... بفتح العين وضمها) ساقط من (م)، وقوله: (بفتح العين وضمنها) يقابله في (ح): (بفتحها).

(4) قوله: (أهل) ساقط من (ر2).

(5) ما ذكره عياض أورده غير واحد من أهل اللغة غير أنهم صرحوا بأن الأفصح فيها ضم العين وتشديد النون مع كسرها؛ يقول ابن قتيبة – نقلاً عن الأصمعي –: «عُنِّسَتِ المرأة: إذا كبرت ولم تُزَوَّجْ فهي مُعَنَّسَةٌ، ولا يقال عنَسَت»، ونقل عنه الجوهري – أيضاً – فقال: «وقال الأصمعي: لا يقال عَنَست، ولكن عُنِّست على ما لم يُسمَّ فاعله، وعنسها أهلها».

=

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

واختلف الفقهاء في ذلك في ذات الأب، وفي اليتيمة من أقل من ثلاثين[1] إلى الستين سنة وبعدها من انقطاع الحيض، بما هو معلوم في كتب أئمتنا.

ومعنى خس[2] من ثمنه بالسين؛ أي أقل[3] من الشيء الخسيس، الذي لا قدر له.

ومسألة: [(الجارية البكر التي عنست)][4]؛ ذكر فيها قول ابن القاسم أولاً أن أفعالها على الجواز، وإن كره الوالد، وأنها مخالفة للبكر التي لم تعنس.

ثم ذكر قول مالك: [(أنها لا تجوز)][5]، ثم ذكر رواية عبد الرحيم[6]؛ كذا ثبتت هذه الأقوال على[7] نصوصها في الأم؛ وكثير من النسخ وعليه[8] اختصر[9] البراذعي[10].

انظر: أدب الكاتب، ص: 291، ومعجم مقاييس اللغة: 4/ 155، والصحاح: 3/ 954، والقاموس المحيط، ص: 722.

(1) في (ح): (الثلاثين).

(2) في (م): (خنس) ولعلها (أخس).

(3) في (ر2) و(ح): (قل).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 221و 220، و(العلمية): 4/ 122، و(السعادة/ صادر): 13/ 283، و(تهذيب البراذعي): 4/ 39.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 221، و(العلمية): 4/ 122، و(السعادة/ صادر): 13/ 283، و(تهذيب البراذعي): 4/ 38 و39.

(6) انظر: المدونة (العلمية): 4/ 122.

(7) في (م): (في).

(8) في (ح): (وعليها).

(9) في (ح): (اختصرها).

(10) انظر: تهذيب البراذعي: 4/ 40.

وسقط قول ابن القاسم أولا في نسخ، ولم يكن في أصل ابن المرابط ولا في أصل ابن عتاب وخرجه خارجاً، وكتب عليه: طرحه ابن وضاح وحوق عليه في كتاب[1] ابن سهل وطرحها[2] ابن وضاح وابن باز وعلى طرحها اختصر أبو محمد وابن أبي زمنين.

وقوله في المسألة الثانية عند الجميع قلت: أرأيت الجارية البكر التي قد[3] بلغت، وعنست في بيت أبيها[4]، كذا في كتاب[5] ابن المرابط، وعند غيره في بيت أهلها زاد[6] في كتاب ابن المرابط ورضي حالها وسقط لغيره وسقط[7] من كتاب ابن وضاح قوله[8] في آخر هذه[9] المسألة ولكن وجدته في كتاب عبد الرحيم، وفي كتاب ابن المرابط على قوله: [(أليس قد قال مالك مرة: إذا عنست جاز أمرها قال: لم أسمعه أنا قط منه)][10] ولكن وجدته في كتاب عبد الرحيم صح ليحيى بن عمر وحده.

---

(1) قوله: (في كتاب) يقابله في (ح): (وفي أصل).

(2) قوله: (و) ساقط من (ر2)، وفي (ح): (فطرحه).

(3) قوله: (قد) ساقط من (ر2) و(ح).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 221، و(العلمية): 4/ 122، و(السعادة/ صادر): 13/ 283، و(تهذيب البراذعي): 4/ 40.

(5) في (ر2): (رواية).

(6) قوله: (زاد) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (وسقط) زيادة من (ر2).

(8) في (ح): (وقوله).

(9) قوله: (هذه) زيادة من (ح).

(10) انظر: المدونة (زايد): 9/ 221، و(العلمية): 4/ 122، و(السعادة/ صادر): 13/ 283، و(تهذيب البراذعي): 4/ 40.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله في ذات الزوج: [(وإن[1] كانت سفيهة، ضعيفة في عقلها لم يجز لها)][2].

وقوله: [(لأن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها، ويرفع في صداقها لمالها)][3] حجة فيما ذهب إليه بعض الشيوخ[4] المتأخرين من أن الزوج إنما له متكلم فيما كان لها من مال حين نكاحها[5].

أو ما[6] يرجى لها من ميراث ظاهر، وشبهه لا من فائدة طرأت عليها من وجه لم تحتسب[7]؛ لأن ذلك لم يتزوجها عليه قط، بخلاف الأول.

والمرأة الأيم: هي التي لا زوج لها، وهو في أصل اللغة يقع على الثيب[8]، والبكر ثم صار في العرف على من فارقت زوجها بطلاق أو موت.

---

(1) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 223، و(العلمية): 4/ 123، و(السعادة/ صادر): 13/ 284، و(تهذيب البراذعي): 4/ 42.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 226، و(العلمية): 4/ 125، و(السعادة/ صادر): 13/ 286، و(تهذيب البراذعي): 4/ 42.

(4) قوله: (الشيوخ) زيادة من (ر2).

(5) في (ر2): (نكاحه).

(6) في (ر2): (ما)، وقوله: (ما) زيادة من (ح).

(7) في (ح): (يجب به).

(8) انظر: الصحاح، للجوهري: 5/ 1868.

كتاب الحوالة

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب[1] الحوالة

أخذت من التحول من شيء إلى شيء؛ لأن الطالب تحول[2] من طلبه لغريمه على غريم غريمه[3].

وقوله عليه السلام: «مطل الغني ظلم، وإذا[4] أتبع أحدكم على ملي فليتبع»[5] صوابه في الحرفين [189/ ب] بسكون التاء وبعض المحدثين، والرواة يقولونه بتشديدها[6].

يقال: تبعت فلاناً بحقي فأنا أتبعه ساكنة التاء، ولا يقال: اتبعته بفتحها وتشديدها، إلا من المشي[7] خلفه، واتباع أثره في أمره[8].

وفي قوله: [(مطل الغني ظلم)][9] حجة أنه لا تجوز الإحالة إلا من دين حل لأن المطل والظلم إنما يصح فيما حل لا فيما[10] لم[11] يحل.

---

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ر2) و(ح).

(2) في (ر2): (يحول).

(3) في (م): (غيره).

(4) في (م): (وإن).

(5) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/ 845، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: مطل الغني ظلم، رقم 2270، ومسلم: 3/ 1197، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، رقم 1564، ومالك: 2/ 674، كتاب: البيوع، باب: جامع الدين والحول، رقم 1354.

(6) انظر: غريب الحديث، للخطابي: 1/ 87.

(7) في (ر2): (الشيء).

(8) في (ر2): (قول).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 231، و(العلمية): 4/ 126، و(السعادة/ صادر): 13/ 288.

(10) قوله: (حل لا فيما) ساقط من (م).

(11) قوله: (لم) ساقط من (ر2).

وفيه حجة أنه لا يكون ظالماً إلا إذا كان غنيا وأن تسميته ظالماً توجب[1] إسقاط شهادته على ما ذهب إليه سحنون[2] وغيره من أصحابنا.

وقال غيره: لا ترد شهادته إلا أن يكون المطل له عادة.

والحوالة[3] محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الدين بالدين ورخص ﷺ في الحوالة[4]، وأباحها وهي عند أكثر مشايخنا عقد مبايعة مستثناة بالرخصة من الدين بالدين، ومن بيع العين بالعين، غير يد بيد فخصها الشرع من هذين الأصلين، كما خص الشركة والتولية والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه[5]، وخص العرية من بيع المزابنة، وبيع الطعام بالطعام نسيئة، ومتفاضلاً لما كان سبيل هذه التخصيصات سبيل المعروف والرفق.

وقد أشار الباجي إلى أنها ليس حكمها حكم البيع، ولا هي من هذا الباب، بل هي عنده من باب النقد[6].

---

(1) في (ر2): (يوجب).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/ 186، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 8/ 294.

(3) في (ر2): (والحمالة).

(4) في (ر2): (والحمالة).

الحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/ 799، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، رقم 2166، ومسلم: 2/ 1197، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، رقم 1564، ومالك: 2/ 674، كتاب: البيوع، باب: جامع الدين والحول، رقم 1354.

(5) في (ر2): (استيفائه).

(6) انظر: المنتقى، للباجي: 6/ 452.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وشروط الإحالة التي تجوز بها ولا تصح دونها، أربعة:

أولها: حلول الدين المحال به[1] فلا تصح إذا لم يحل، وصار الدين بالدين حقيقة.

الثاني[2]: أن يكون الدين المحال عليه نوعاً من[3] المحال به، وصفته وقدره، فلا تصح متى اختلفا في صفة، وقدر ويدخله في ذلك الدين بالدين والنسيئة في الصرف وبيع العين بالعين، وفي بيع الطعام والتفاضل في الجنس والربا فيما لا يجوز، وبيع الطعام[4] قبل قبضه وغير ذلك بحسب اختلافه، وتصوير مسائله.

الثالث: رضا المحال والمحيل بذلك، فلا يصح ولا يلزم بعدم رضى أحدهما.

الرابع: ألا يكون الدينان طعاماً من سلم[5] أو أحدهما، ولم يحلا معا على خلاف في هذا الأصل عندنا، فأصل ابن القاسم ما تقدم وغيره يجيز ذلك بحلول المحال به، وبالله التوفيق.

تم كتاب الحمالة والحوالة بحمد الله تعالى وحسن عونه.

---

(1) قوله: (به) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (الثاني) ساقط من (ر2).

(3) قوله: (نوعا من) يقابله في (ر2): (من نوع).

(4) قوله: (والتفاضل في الجنس ... وبيع الطعام) ساقط من (م).

(5) في (م): (بيع).

كتاب الرهون

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الرهون

أصل معنى الرهن اللزوم وكل شيء ملزوم[1] فهو رهن يقال: هذا رهن لك أي محبوس دائم لك وكل شيء ثبت ودام فهو رهن.

يقال: رهنتك فأنا راهن وأنت مرتهن، بكسر الهاء ولا يقال على الشيء المرهون[2] ولا يقال: أرهنت وأما المرتهن، بفتحها فالشيء المرهون وسمي رهنا بالمصدر.

وقد يطلق المرتهن - بفتح الهاء أيضاً - على أخذ[3] الرهن؛ لأنه وضع عنده الرهن، ويطلق على الراهن؛ لأنه سئل[4] الرهن.

وحديث: «لا يغلق الرهن»[5].

وقول ابن شهاب بعده، وقول ربيعة في هلاك الرهن، ثابت عند ابن عيسى للدباغ، وكان في كتاب ابن عتاب مخرجاً وسقط في نسخ.

ومعنى لا يغلق: لا يمنع من فكه؛ أي يكون بما فيه، وإن زاد، إذا لم يوفه صاحبه حقه إلى أجله وهو شيء كانت الجاهلية تفعله.

والغلق: الهلاك، يقال: غلق الرهن - بكسر اللام - يغلق، وقيل: معناه لا يكون له مخلص، ومخرج من الغلق وهو ضيق الصدر.

---

(1) في (ر2): (يلزم).

(2) قوله: (ولا يقال على الشيء المرهون) ساقط من (ر2).

(3) في (ر2): (آخذ).

(4) في (ر2): (سبيل).

(5) أخرجه ابن ماجة: 2/ 816، كتاب: الرهون، باب: لا يغلق الرهن، رقم 2441، ومالك: 2/ 728، كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من غلق الرهن، رقم 1411.

وقوله في ضمان الرهن: [(يضمن ما زعم أنه ضاع مما يغاب عليه، ولا يضمن ما لا يغاب عليه)][1].

اختلف قدماء شيوخنا، ومتأخروهم في اليمين - هنا - فأما ما يغاب عليه ويضمنه، ففي العتبية: أنه يحلف[2].

وقد قال ابن مزين: يحلف لقد ضاع بلا دلسة دلسها فيه، وما يعلم له موضعا منذ ضاع[3]، ووجه يمينه مع[4] ضمانه وتهمته[5] على الرغبة في عينه، وعليه حمل ظاهر المدونة بعض الشيوخ، وبه أخذ إسحاق بن إبراهيم.

وذهب العتبي أنه لا يمين عليه، وقال: كيف[6] يحلف ويضمن، ونحوه لمالك في هذا الأصل.

قال العتبي: إلا أن يقول الراهن: أخبرني مخبر صدق على كذبه، وأنه رأى الرهن عنده قائما، ويحلف على ذلك فحينئذ يحلف[7]، وإلى هذا ذهب ابن لبابة الأكبر.

وأما ما لا يغاب عليه، فاختلف فيه المتأخرون، فقيل: يحلف على كل حال بخلاف المودع المختلف فيه.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 252، و(العلمية): 4/ 136، و(السعادة/ صادر): 14/ 302 و303، و(تهذيب البراذعي): 4/ 49.

(2) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 95.

(3) انظر: فصول الاحكام، للباجي: 1/ 170.

(4) في (م): (تبع).

(5) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(6) قوله: (كيف) ساقط من (م).

(7) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 94 و95.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقيل: هو كالمودع، يختلف فيه على الأقوال الثلاثة المعلومة.

وقيل: يحلف المرتهن - هنا - إن كان غير متهم ما فرطت ولا ضيعت، ويزيد[1] المتهم ولقد ضاع.

[190/ أ] ومسألة: [(رهن الكفيل إذا ضاع عند المرتهن)][2]، وذكر بعدها مسألة: [(إذا تكفل، ورهن بغير أمر الذي عليه الحق)][3]، سقطتا لابن القاسم، وثبتتا لغيره.

ومسألة: [(إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه، إلا أن يجيزه المرتهن ويعجل له حقه، ولم يكن للراهن أن يأبى ذلك، فإن باعه بإذن المرتهن، فقال: لم آذن له ليأخذ الثمن، فإن أتى الراهن برهن ثقة يشبه الرهن الذي باع ووقف له[4] رهناً، وأخذ الراهن الثمن، فإن لم يقدر على رهن مثل رهنه الأول تكون قيمته مثل قيمة الرهن الأول، ووقف له الثمن.

ثم قال: وإنما ذلك إذا باع الراهن والرهن في يد المرتهن لم يخرج من يده وأما إن أمكنه منه فقد نقض رهنه)][5].

لم يبين في مسألة الكتاب أو[6] لا إذا باعه.....

---

(1) في (ر2) و(ح): (ويريد).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 251، و(العلمية): 4/ 135، و(السعادة/ صادر): 14/ 302، و(تهذيب البراذعي): 4/ 51.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 251، و(العلمية): 4/ 135، و(السعادة/ صادر): 14/ 302، و(تهذيب البراذعي): 4/ 51،

(4) قوله: (ووقف له) يقابله في (ر2): (ووقفت به).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 246 و47، و(العلمية): 4/ 133، و(السعادة/ صادر): 14/ 298 و299، و(تهذيب البراذعي): 4/ 49 و50.

(6) في (ر2): (أم).

بغير أمره[1]، هل قبل[2] القبض أم لا؟ ومعناه بعد القبض، وقد فسر[3] ذلك آخر المسألة بقوله: وإنما ذلك إذا باع الرهن وهو في يد المرتهن لم يخرج من يده، فجاء ذلك على وجوه المسألة كلها، وكذا في كتاب محمد[4]، إلا ما ذكر من الخلاف فيها عن مالك، وأصحابه أن البيع يمضي، ويعجل له حقه ولا خيار للمرتهن في ذلك، إلا أن يبيعه بأقل من الدين أو بخلافه لم يتكلم في الكتاب - هنا - إذا باعه قبل القبض، وقد تكلم عليه آخر الكتاب في مسألة ميمون أن البيع ماض، وليس له أخذه برهن غيره، قال: لأن تركك إياه حتى باعه، وقد أمكنك منه كتسليمك لذلك، وبيعك الأول غير منتقض[5].

وكذلك في بعض روايات محمد، قال: ولا يعجل له حقه ولا يوضع له رهن عند مالك وابن القاسم.

وفي رواية أخرى: ويوضع، وعلى هذه الرواية نقل أبو محمد المسألة من كتاب محمد في نوادره[6]، ومختصره، قال: ويوضع[7] له رهن إلى أجله[8]، وعليها[9] نقلها - أيضاً - من كتاب محمد ابن أبي زمنين وغيره ونقلها اللخميّ

---

(1) في (م): (إذنه).

(2) في (ر2): (قبل).

(3) في (ر2): (فضل).

(4) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد: 11/ 30.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 285 و286، و(العلمية) 4/ 155، و(السعادة/ صادر): 14/ 324، و(تهذيب البراذعي): 4/ 68.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 203.

(7) قوله: (قال: ويوضع) يقابله في (ر2): (فقال: وليوضع).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 203.

(9) في (ر2): (وعليه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عنه[1]، ولا يوضع على الرواية الأخرى أو كما في المدونة، وكذا ذكر أبو محمد في نوادره في موضع آخر، عن أَشْهَب في كتاب محمد[2].

وتأمل[3] قوله: [(لأن تركك إياه حتى باعه، وقد أمكنك أخذه كتسليمك لذلك)][4]، يدل أنه لو لم يتراخ في القبض فبادر الراهن لبيعه لم يبطل الرهن ومضى البيع وكان ثمنه رهناً، وكذا[5] تأويل أبي محمد.

وقال غيره: بل لا يجوز – هنا - بيعه ويرد ويبقى رهناً، فإن فات به مشتريه كان الثمن رهنا.

وإلى هذا أشار بعض شيوخنا وهو على قولهم هذا[6] في مسألة جواز الهبة إذا مات الواهب قبل[7] التراخي في حوزها.

وأشار بعض شيوخنا إلى أن هذا فيما من الرهن كان شرطاً في أصل العقد فباعه الراهن بعد التراخي.

وأما ما كان بيعه مبادرة لإخراجه من الرهن فينتقض فيه البيع، فإن فات بيد مشتريه بقي الثمن رهنا.

فأما ما تطوع به من الرهن بعد العقد فحكمه في بيعه قبل قبضه حكم بيع

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5690.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 175.

(3) في (م): (وتأول).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 286، و(العلمية): 4/ 155، و(السعادة/ صادر): 14/ 324، و(تهذيب البراذعي): 4/ 68.

(5) في (ر2): (وهذا).

(6) قوله: (هذا) ساقط من (م).

(7) في (ر2) و(ح): (قيل).

الهبة قبل قبضها، وفي كتاب محمد سواء قرب أو بعد، ينفذ[1] البيع ولعبد الملك في المجموعة: كان بتفريط أو غيره فالبيع نافذ[2]، وهذا كله على الخلاف في مسألة الهبة المبيعة.

وقال بعض المشايخ: إنما يبطل الرهن إذا سلم المشتري السلعة قبل بيع الرهن، فأما لو كانت سلعته عنده قائمة فههنا لا يلزمه تسليمها حتى يدفع إليه رهناً، كان قد فرط في قبض الرهن أو لا، فتأويل أبي محمد على روايته أن مسألة المدونة أنه لا يوضع عنه[3] رهناً[4]، غير مخالفة لكتاب محمد وأن مسألة المدونة[5] فيها تراخ[6] ومسألة غير المدونة[7] ليس فيها تراخٍ[8].

وانظر قوله: [(إن أتى الراهن[9] برهن ثقة يشبه رهنه)][10].

وقوله بعد تكون قيمته مثل قيمة الرهن الأول[11]، يبين لك أنه إنما

---

(1) في (ر2): (ينعقد).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 203.

(3) قوله: (عنه) زيادة من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 244، و(العلمية): 4/ 132، و(السعادة/ صادر): 14/ 297.

(5) قوله: (رهنا، غير مخالفة لكتاب محمد وأن مسألة المدونة) ساقط من (م).

(6) في (م) و(ح): (تراخي).

(7) قوله: (غير المدونة) ساقط من (م).

(8) قوله: (تراخي) ساقط من (ر2).

(9) قوله: (الراهن) ساقط من (م).

(10) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 247، و(العلمية): 4/ 133، و(السعادة/ صادر): 14/ 299، و(تهذيب البراذعي): 4/ 50.

(11) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 247، و(العلمية): 4/ 133، و(السعادة/ صادر): 14/ 299، و(تهذيب البراذعي): 4/ 50.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يريد مثل الرهن الأول، فإن كان زائداً على الدين؛ لأنه قد رضي الآخر بذلك؛ إذ[1] عليه عقد عقده؛ إذ لهذه الزيادة فائدة فقد تنخفض الأسواق في الأجل فلا يفي بحقه.

وقيل: قد يكون معناه أن يكون الأول حيواناً أو ما لا يغاب عليه ولا ضمان على المرتهن فيه فيأتيه بخلافه فلا يلزمه[2].

ومسألة: [(مشترط إسقاط ضمان ما يغاب عليه، قال في آخرها: قال ابن القاسم: وكذلك من استعار ما يغاب عليه على أنه لا ضمان عليه[3] فالشرط باطل وهو ضامن)][4]، وكذلك الصانع يشترط أنه لا ضمان عليه فالشرط باطل وهو ضامن، صحت هذه المسألة لابن وضاح وحده، وسقطت لغيره هنا.

وقوله: [(ألا ترى لو أن رجلاً ارتهن داراً أن غلتها لا تكون رهناً معها أو ارتهن غلاماً أن خراجه لا يكون رهناً معه، ولو اشتراهما كانت غلتهما له فهذا لا يشبه البيوع)][5]، صحت هذه المسألة - أيضاً - في الأصول، وسقطت لابن هلال والدباغ.

ومسألة: [(شهادة الرهن للدين إذا اختلف الراهن والمرتهن [190/ ب]

---

(1) في (ر2): (أو).

(2) قوله: (فلا يلزمه) ساقط من (م).

(3) قوله: (عليه) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 252، و(العلمية): 4/ 136، و(السعادة/ صادر): 14/ 302 و303، و(تهذيب البراذعي): 4/ 52.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 254، و(العلمية): 4/ 138، و(السعادة/ صادر): 14/ 304.

فيه)][1]، القول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة[2] الرهن في قيام الرهن بعد أن يحلف، وكذلك في إتلافه، القول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة صفة الرهن بعد تواصفهما له، ويصدق المرتهن في الصفة إن اختلفا فيها[3]، ومعناه أنه ادعى ضياعه هذا معنى ما في الكتاب، وتفسير ما أبهم منها لكنه يختلف في قيامه على مذهَبِ ابن القاسم فينظر إلى قيمته يوم الحكم، وفي ضياعه ينظر إلى قيمته يوم القبض.

وقال غيره: إنما ينظر في الحالين[4]، قيمته يوم القبض، ثبت قول غيره في بعض روايات المدونة، وتمام المسألة في أصولنا من كتاب محمد والعتبي[5]، وأنه إن ثبت[6] هلاكه ببينة أو كان مما لا يضمن من الرهون، فهلك فلا يلتفت إلى شيء من قيمة الرهن[7]، ولا يكون شاهداً للمرتهن، ولا يلزم الراهن إلا ما أقر به؛ إذ ليس ثم رهن قائم يشهد له.

وقوله في الكتاب في المسألة، [(وأدى قيمة رهنه، وأخذ رهنه إن أحب، وإلا فلا سبيل له إلى رهنه)][8] في كتاب ابن عبدوس إن دفع الراهن ما قال

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 283وما بعدها، و(العلمية): 4/ 153وما بعدها، و(السعادة/ صادر): 14/ 322وما بعدها، و(تهذيب البراذعي):4/ 66وما بعدها.

(2) قوله: (فيما بينه وبين قيمة) يقابله في (ر2): (إلى مبلغ قيمته صفة).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 283وما بعدها، و(العلمية): 4/ 153وما بعدها، و(السعادة/ صادر): 14/ 322وما بعدها، و(تهذيب البراذعي):4/ 66وما بعدها.

(4) في (ر2): (الحالتين).

(5) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 116و121 وما بعدها،

(6) في (م): (لم يثبت).

(7) قوله: (قيمة الرهن) يقابله في (ر2): (قيمته).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 266 و267، و(العلمية): 4/ 145، و(السعادة/ صادر): 14/ 312، و(تهذيب البراذعي):4/ 53.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

المرتهن، وإلا بيع له الرهن، ودفع إليه من ثمنه ما ذكر[1].

قال القاضي رحمه الله: ظهر لي أن مذهبه من هذه المسألة ظاهر ما في كتاب محمد، وما في سماع يحيى أنه إنما يكون الرهن شاهداً لنفسه لا على الذمة، وإن حقه إنما يكون في عين الرهن لا في سواه، حتى لو تلف ببينة أو هلك وكان مما لا يغاب عليه أو استحق لم يطلب الراهن بغير ما أقر به، بعد أن يحلف، خلاف ما يظهر من قول القاضي عبد الوهاب[2]، وأصبغ وتأويل بعضهم على الكتاب أن الرهن شاهد على الذمة، يلزم به صاحب الرهن في قيامه وتلفه كما يلزم ما أقر به ولو كان الرهن على قوله - هنا - شاهدا على الذمة لم يجبر ربه على[3] فكه أو تركه بل كان يلزمه شاء أو أبى كما يلزمه في الدين الذي يتفقان عليه، ولكنه إنما تعلق حقه بعينه، فإذا فداه بما ادعاه المرتهن لم تبق له حجة، وإن أبى لم يلزم صاحبه فداؤه؛ إذ[4] لم يلزم شيئا في الذمة، وإنما تعين حقه بعين[5] الرهن، إلا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويتفقا على شيء، وعلى هذا اختلف هل يلزم الراهن اليمين، ويسقط عنه تكلف[6] بيعه إذا كلفه ذلك المرتهن، وقال: أنا لا أتكلف بيعه؟

فقيل: يحلف الراهن أنه ما رهنه إلا فيما أقر به، ويسلم الرهن.

وقيل: لا يمين عليه؛ إذ لا يلزمه تكلف بيعه ولا على المرتهن في ذلك كبير مشقة؛ لأن الاستحقاق والموت من الطوارئ، وقد رجح بعض شيوخنا هذا

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبى زيد: 10/ 231.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 233، التبصرة، للخمى، ص: 5708.

(3) في (ر2) و(ح): (في).

(4) في (ر2): (إذا).

(5) في (ر2): (لحق).

(6) في (م): (تكليفه).

القول والأصح عندي أنه لا بد من يمين الراهن ليسقط الطلب عن ذمته على القول بتعلقه بالذمة أو للخلاف في ذلك، ولم يختلف في أيمانهما معا، إذا كانت قيمة الرهن دون ما ادعاه المرتهن، وفوق ما أقر به الراهن.

وكذلك اختلف في صفة اليمين في هذه المسألة، فقال في المدونة: [(لا يصدق المرتهن يريد في الزيادة وعلى الراهن اليمين فإذا حلف برئ مما زاد على قيمة الرهن)][1]، ولم يتكلم - هنا - على يمين المرتهن ولا إشكال في يمينه قبل الراهن؛ ليصحح دعواه ويمينه في مبلغ قيمة الرهن فاكتفى بجوابه في المسألة قبلها، إذا ادعى قيمة الرهن.

وفسر المسألة وبينها مالك فقال في الموطأ: يحلف المرتهن على ما ادعى من دينه.

ويقال للراهن: إما أن تعطيه ذلك[2]، وتأخذ رهنك أو تحلف على ما قلت أنك رهنته به، ويبطل عنك ما زاد المرتهن، فإن لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه المرتهن[3].

وقال محمد: المرتهن مخير بين أن يحلف على دعواه أو على قيمة الرهن[4]، وذهب بعض القرويين إلى أنه إنما يلزم الحلف المرتهن على قيمة الرهن التي شهدت له لا[5] على غيرها، كما لو ادعى عشرين فشهد له شاهد بخمسة عشر،

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 266 و267، و(العلمية): 4/ 145، و(السعادة/ صادر): 14/ 312، و(تهذيب البراذعي): 4/ 67.

(2) قوله: (ذلك) ساقط من (ر2).

(3) انظر: الموطأ، للأمام مالك برواية يحيى الليثي: 2/ 150.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 210.

(5) قوله: (لا) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

فإنه[1] يحلف مع شاهده، وما قاله مالك وأصحابه يخالفه، ولا يشبه الرهن الشاهد؛ لأن الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا تعلق له بشيء منه إلا بما يشهد به.

وقوله في المدونة: [(إذا أدى قيمة رهنه إن أحب)][2]؛ ظاهره مثل قول ابن نافع وخلاف ما روى يحيى عن ابن القاسم أنه لا يأخذ رهنه إلا أن يدفع عشرين ولا للمرتهن أن يلزمه الرهن بخمسة عشر، ولا يجبر على أخذه إلا أن يرضى المرتهن بعشرة[3]، وهذا أصل لأَشْهَب، وهو أبين[4] في أنه إنما هو رهن بنفسه فقط، وشاهد على نفسه لا على ذمة الغريم.

ومسألة نفقة الرهن وقع فيها[5] في الكتاب منها[6] اختلاف في التأويل من الشارحين؛ لأنه قال: [(إن نفقة المرتهن سلف ولا تكون في الرهن، إلا أن يقول له[7]: أنفق على أن نفقتك في الرهن، فإن قال له ذلك، رأيتها في [191/ أ] الرهن.

ثم قال بعد ذلك: إلا أن يكون له غرماء فلا أراه أحق بفضلها لأجل نفقته، إلا أن يكون اشترط أن نفقة[8] الرهن بها رهن أيضاً)][9].

---

(1) في (ر2): (فإنما).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 267، و(العلمية): 4/ 145، و(السعادة/ صادر): 14/ 312، و(تهذيب البراذعي): 4/ 67.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 230.

(4) قوله: (لأشهب وهو أبين) يقابله في (ر2): (أشهب وهذا بين).

(5) قوله: (فيها) ساقط من (م).

(6) في (م): (فيها).

(7) قوله: (له) زيادة من (ر2).

(8) في (ر2): (النفقة).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 270، و(العلمية): 4/ 146، و(السعادة/ صادر): 14/ 314، =

فبعضهم حمل الكلام على وجه[1]، وأنه لا يكون رهناً في النفقة حتى ينص له على ذلك، ولا ينفعه أن يقول له[2]: **على أن النفقة في الرهن**؛ إذ معنى هذا يأخذها من الرهن لا أن الرهن بها رهن، بخلاف إذا نص عليه، وهو ظاهر كلامه في الكتاب، وإليه ذهب ابن شَبْلون[3].

وقيل: بل[4] لا فرق بين اللفظين، وإنما في الكلام[5] تقديم وتأخير، وتكرار، وإن صواب الكلام تقديم قوله: **إلا أن يكون له غرماء** إلى آخر الكلام إلى قوله: **إلا أن يكون اشترط أن النفقة التي أنفق الرهن بها رهن**، وثم[6] يأتي - هنا[7] - اللفظ المقدم أولاً وهو إلا أن يقول له: **أنفق على أن نفقتك في الرهن** أو يكون الكلام أولا، ثم[8] عند قوله: [(ويحسبها بنفقته، وبما رهنه فيه)][9]، ثم كرر معنى المسألة بلفظ آخر فقال: **إلا أن يكون له غرماء** إلى آخر المسألة.

ويدل على هذا وأنهما بمعنى أن في بعض روايات المدونة آخر المسألة، إلا =

و(تهذيب البراذعي): 4/ 60.

(1) في (ر2): (وجهه).

(2) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(3) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 189.

(4) قوله: (بل) زيادة من (ر2).

(5) في (ر2): (الكتاب).

(6) قوله: (و) ساقط من (ر2).

(7) في (ر2): (منها).

(8) في (م): (تم).

(9) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 270، و(العلمية): 4/ 146، و(السعادة/ صادر): 14/ 314، و(تهذيب البراذعي): 4/ 60.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أن يكون اشترط أن النفقة التي أنفقها في الرهن – أيضا – وهذا نص اللفظ الأول بعينه، وعلى أنهما بمعنى، اختصر المسألة بعضهم، وعلى التفريق اختصرها أبو محمد وغيره.

ومسألة [(الصيام)][1] ثبتت – هنا – في أكثر النسخ، ومن – هنا – اختصرها المختصرون، وسقطت – هنا – من كتاب ابن عتاب، وألحقها في كتاب الصيام على ما نبهنا عليه هناك.

وقوله: [(في الوصي، يرهن لنفسه عروضا لليتيم)][2] ليس ذلك له، كذا لابن وضاح والعسال[3]، وأكثر الرواة، وكذا في أصل ابن عتاب، بغير اختلاف.

ولإبراهيم بن قاسم في كتاب ابن سهل، ولغير العسال في رواية القرويين، فذلك له[4].

وقال أبو عِمرَان: وعلى الرواية الأولى يستقيم نسق كلامه: [(إلا أن يكون سلف لليتيم من غيره)][5].

وأما على[6] الرواية الثانية، فيكون هذا استئناف كلام لسحنون مخالفاً؛ لما

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 272، و(العلمية): 4/ 148، و(السعادة/ صادر): 14/ 315، و(تهذيب البراذعي): 4/ 62.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 272، و(العلمية): 4/ 147، و(السعادة/ صادر): 14/ 315، و(تهذيب البراذعي): 4/ 61.

(3) قوله: (والعسال) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (فذلك له و) يقابله في (ر2): (فكذلك به).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 272، و(العلمية): 4/ 147، و(السعادة/ صادر): 14/ 315، و(تهذيب البراذعي): 4/ 61.

(6) قوله: (على) زيادة من (ر2).

تقدم لابن القاسم، ومصلحا للمسألة، وعلى الرواية الثانية أضرب عن كلام ابن القاسم، وأصلح المسألة على رأيه.

ومسألة: [(مهر الأمة)][1] سقطت من - هنا - في كتاب ابن عتاب، وبقيت في سائر الروايات والأصول ومن - هنا - نقلها المختصرون والشارحون.

وقوله: [(ليس له أن يأخذ مهر أمته، ويدعها بغير جهاز)][2] عارض بها بعضهم مسألة النكاح[3]، وجعلها قولين وبعضهم جمع بينهما، بأن تلك فيمن لم تبوأ معه بيتا، وهذه فيمن تبوأت معه بيتاً، وعندي أنها وإن لم تبوأ فمن حقه أن يستعمل جهازها فيما تتطيب به وتتزين، وتتنظف عند اجتماعه معها فهو من حقه في جهازها.

فإن أثبتنا لها جهازاً مع التبوئ[4] فلنثبته مع عدمه؛ لما ذكرناه ويجمع بين القولين بغير هذا التعليل أو يجعلها خلافا من قوله.

ومسألة: [(إذا اشترى الرجل من مال ابنه الصغير)][5]؛ هي عند ابن عتاب موقوفة، وقال طرحها ابن القاسم، وثبتت لابن وضاح وابن باز.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 273، و(السعادة/ صادر): 14/ 316، و(العلمية): 4/ 148، و(تهذيب البراذعي):4/ 62.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 273، و(السعادة/ صادر): 14/ 316، و(العلمية): 4/ 148، و(تهذيب البراذعي):4/ 62.

(3) انظر: المدونة (زايد): 3/ 399، و(العلمية): 2/ 161، و(السعادة/ صادر): 4/ 234، و(تهذيب البراذعي): 2/ 197.

(4) في (ر2): (التبوؤ).

(5) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 274، و(العلمية): 4/ 149، و(السعادة/ صادر): 14/ 316 و317، و(تهذيب البراذعي): 4/ 63.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ومسألة [(المؤاجرة في عمل الكنيسة أو كراء الدابة[1] لها أو داره)][2]؛ لذلك سقطت عند ابن عتاب.

ومسألة: [(الخلخالين)][3]، وقوله: [(فإن ضمن قيمتها من الذهب، أتكون القيمة رهناً، أم يقبض[4] هذا الذهب - إلى قوله - تكون هذه القيمة رهنا، ويطبع عليها، وتوضع على يد عدل)][5] إلى آخر المسألة.

هي ثابتة في الأصول، مطروحة عند ابن وضاح وحده.

وقوله: **ويطبع عليها**، وتوضع على يدي عدل، كذا - أيضاً - في أكثر النسخ بالعطف، وواو الجمع، وعليها اختصرها[6] أبو محمد وغيره[7]، وهي روايتنا.

وفي كتاب ابن سهل: أو توضع على يدي عدل على التقسيم، واستحسن هذه الرواية بعض شيوخنا الأندلسيين ممن أدركناه؛ لأنها إذا وضعت على يدي عدل استغني عن الطبع[8] عليها، وعلى هذا جاءت مسائله فيما وضع على يدي

---

(1) في (م): (الدار).

(2) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 276، و(العلمية): 4/ 150، و(السعادة/ صادر): 14/ 318، و(تهذيب البراذعي): 4/ 64.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 278، و(العلمية): 4/ 150 و151، و(السعادة/ صادر): 14/ 319، و(تهذيب البراذعي): 4/ 64.

(4) في (م): (تقتضي).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 279، و(العلمية): 4/ 151، و(السعادة/ صادر): 14/ 319، و(تهذيب البراذعي): 4/ 64.

(6) في (ر2): (اختصر).

(7) قوله: (وغيره) ساقط من (م).

(8) في (م): (البضع).

عدل أنه لا يحتاج إلى طبع[1]؛ لأن علة السلف مأمونة؛ لأنها إنما يخشى مع صاحب الرهن والمرتهن، وعلى هذه الرواية يجوز وضعها على يدي صاحبها مطبوعة؛ إذ يؤمن علة السلف في ذلك - أيضاً - ولأنه إن أتلفها ضمنها، وليست مما يراد لعينه فيخشى أن يتسلفها[2] أو يحبسها لرغبة له فيها، ويؤدي قيمتها لكنا نطبع عليها؛ لئلا يتعجل حقه قبل الأجل، قال: [(سحنون تأديبا له؛ لئلا يفعل الناس ذلك بما أرهنوه[3] فيتعجلوا حقوقهم)][4].

وعلى الرواية الأخرى، ألا توضع على يديه؛ لأنه قد تعدى[5] أولا، فلا يعرضها ثانياً[6] للتعدي والعدم[7]، وقد يتلفها فلا يوجد[8] عنده شيء إلا الدين.

وقد تكون أكثر منه فيخسر الزيادة بها.

[191/ ب] وقيل: يحتمل أن يدفع القيمة لرب السوارين لو[9] جاء برهن ثقة.

وقوله: [(فإن كسرهما[10] ثم استهلكهما[11]، قال: عليه قيمتهما مصوغين

---

(1) قوله: (عليها، وعلى هذا ... لا يحتاج إلى طبع) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (يسلفها)، وفي (ح): (يتلفها).

(3) في (ر2): (ارتهنوه).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 279، و(العلمية): 4/ 151، و(السعادة/ صادر): 14/ 319.

(5) في (م): (نقد).

(6) في (ر2): (ثانية).

(7) في (م): (والغرم).

(8) في (ر2): (يجد).

(9) في (ر2): (إن).

(10) في (ر2): (كسرتهما).

(11) في (ر2): (استهلكتهما).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قلت: أليس قد قلت: إذا كسرهما رجل ولم يتلفهما، فإنما عليه ما نقصت الصياغة، قال: هذا أحب إلي، وإليه أرجع وأرى أن يضمن قيمتهما من الذهب مصوغين، استهلكهما أو كسرهما فهما سواء، ويكونان له)][1].

كذا ثبت[2] في كثير من النسخ، وسقط هذا كله[3] من كتاب ابن عتاب، وصحت في كتاب ابن سهل وابن المرابط وكتب عليها: سقطت عند ابن باز والقابسي.

وقال ابن وضاح: طرحها سحنون، وثبت هذا القول في كتاب الغصب، قال: عليه قيمة الصياغة[4].

وقال أبو عِمرَان: قوله: **ما نقصت الصياغة، وقيمة الصياغة سواء**[5]؛ إنما يعني بذلك ما بين قيمتها[6] صحيحة، ومكسورة.

وروى أَشْهَب عن مالك: عليه أن يصوغهما[7].

وقوله بعد ذلك: [(قلت: أرأيت إن ارتهنت سوارين من ذهب بدراهم

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 278 و279، و(العلمية): 4/ 151، و(السعادة/ صادر): 14/ 319، و(تهذيب البراذعي): 4/ 64.

(2) في (ر2): (ثبتت).

(3) قوله: (كله) زيادة من (ر2).

(4) انظر:المدونة : (زايد): 9/ 347، و(العلمية): 4/ 186، و(السعادة/ صادر): 14/ 364، و(تهذيب البراذعى): 4/ 94.

(5) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 278 و279، و(العلمية): 4/ 151، و(السعادة/ صادر): 14/ 319، و(تهذيب البراذعي): 4/ 64.

(6) في (ر2): (قيمتها).

(7) في (ر2): (يصوغها).

انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 336، والتبصرة، للخمى، ص: 5728.

فأتلفهما، وقيمتهما مثل الدين سواء، وقد استهلكتهما قبل محل الأجل، أتكون القيمة رهناً، أم يجعلهما قصاصاً، قال: أرى القيمة رهناً إلى الأجل)][1].

كذا عند ابن عتاب، وفي كتاب ابن سهل: فهشمت السوارين أو كسرتهما أو أتلفتهما.

وكتب: كذا في الأسدية فأتلفتهما، وفي كتاب ابن المرابط: فهشمتهما أو أتلفتهما[2].

وقوله: [(في الذي يرهن[3] رهنا على أنه إن لم يأت بحقه إلى أجل كذا وكذا، فالرهن لك بما أخذ منك، قال: هذا الرهن فاسد، وينقض هذا الرهن، ولا يقر[4] من بيع كان أو قرض)][5].

ظاهر المسألة أن الرهن بعد عقد البيع في ثمن حال، فأخذه[6] به لأجل الرهن فاستوى - هنا - فيه القرض والبيع؛ لأنه في هذه المسألة في البيع إذا كان بعد العقد كان تأخيره على هذا الرهن كالسلف عليه، وصار بيعا فاسداً، باع منه هذا الرهن، بهذا الدين إلى ذلك الأجل بشرط إن لم يوفه دينه.

فإن وفاه فلا بيع بينهما فصار من بيع الغرر والبيع والسلف مرة بيعا، ومرة

---

(1) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 279، و(العلمية): 4/ 151، و(السعادة/ صادر): 14/ 319، و(تهذيب البراذعى): 4/ 64.

(2) قوله: (وكتب: كذا في الأسدية ... أو أتلفتهما) ساقط من (ر2).

(3) في (ر2): (رهن).

(4) في (م): (يتم).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 280، و(العلمية): 4/ 151، و(السعادة/ صادر): 14/ 320، و(تهذيب البراذعي): 4/ 65

(6) في (م): (فأخوه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

سلفا فيرد، ويفسخ[1] هذا[2] الشرط ولا ينتظر به الأجل ويأخذ صاحب السلف سلفه أو البائع ثمن سلعته؛ لأن البيع الأول صح[3]، إنما دخل الفساد في الرهن في ثمنه، ويكون – هنا – أحق برهنه، حتى يوفيه الذي عليه الحق حقه؛ لأنه بمعنى الرهن أخذه.

وفي كتاب ابن حبيب: إذا وقع الرهن فاسداً بعد تمام البيع ولم يشترط في البيع رهناً[4] فلا يكون أولى به؛ لأنه لم يخرج من يده بهذا الرهن شيئا[5]، ويظهر أن هذا خلاف المدونة؛ لأنه قال في الكتاب: من قرض أو بيع[6]، وقد يكون معنى ما في الكتاب عندي على ما قدمناه، إنما أخذه[7] من ثمن البيع لأجل الرهن فيكون كالسلف، وقد خرج من يده الانتفاع فنفذ ثمنه وأخره لأجل الرهن، كما قال محمد فيمن أخر بدين لم يحل إلى أبعد من أجله على إعطاء حميل أو رهن أنه تسقط الحمالة، ويرد الرهن إلى ربه إن أدرك قبل أن يدخل في الأجل الثاني؛ لأنه إذا دخل في الأجل الثاني كسلف لا يحل فيه رهن مقبوض فالرهن[8] ثابت.

---

(1) في (م): (يبطل).

(2) في (ر2): (بهذا).

(3) في (ر2): (صحيح).

(4) قوله: (رهنا) ساقط من (م).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 195.

(6) انظر: المدونة، (زايد): 9/ 280، و(العلمية): 4/ 152، و(السعادة/ صادر): 14/ 320، و(تهذيب البراذعي): 4/ 65.

(7) في (م) و(ح): (أخره).

(8) زاد في (ح): (به).

ومعنى مسألة ابن حبيب أن الثمن كان مؤجلاً فههنا إذا فسخنا الرهن لزمه بحقه، ولم يكن أحق به؛ إذ لم يخرج من يده شيئاً لأجل الرهن، ولم يفسخ الأجل؛ لأنه من بيع، ولو كان هذا الشرط في عقد البيع لكان البيع فاسداً، وفسخناه ما لم يفت، وأبطلنا الأجل في قيمة المبيع إذا فات، وكانت القيمة حالة كما صار السلف الذي رهنه به على هذا الشرط حالاً، كما قال في الكتاب فسخ قبل السنة، ولم ينتظر به السنة إلا أن يحل الأجل[1]، وقد فات الرهن بما يفوت به مثله على ما تقدم في الكتاب وغيره، فيصير حكمه في الوجوه كلها حكم البيع الفاسد، إذا فات فيمضي بقيمته ويقاصه بها من السلف الذي عليه أو ثمن البيع الأول إن كان صحيحا، واشتراط الرهن بعده أو من قيمته إن كان فاسداً وهو معنى قوله في الكتاب آخر المسألة: [(فإنها ترد إلى الراهن، ويأخذ دينه وهذا البيع فاسد)][2]؛ أي بيع الرهن بالدين الذي عليه للشرط إن لم يوف به مضى بفوته في الكتاب بما يفوت به البيع الفاسد، وعلى أصله يلزمه قيمته يوم حل الأجل، كان مما يغاب عليه أم لا؛ لأنه - حينئذ - دخل في ضمانه، وصح مقبوضاً له بالبيع الفاسد على أصله في البيع الفاسد أنه يراعي قيمته يوم القبض.

وذكر ابن عبد الحكم عن مالك في مسألتنا قيمته[3] يوم يفوت، وحكى ذلك محمد، ولم يسم قائله، وفرق ابن عبد الحكم في المبسوط في مسألتنا، بين

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 280، و(العلمية): 4/ 152، و(السعادة/ صادر): 14/ 320، و(تهذيب البراذعي): 4/ 65.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 281و(العلمية): 4/ 152، و(السعادة/ صادر): 14/ 321، و(تهذيب البراذعي):4/ 65.

(3) قوله: (قيمته) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

فوت ما لا يغاب عليه بفعل حائزه[1]، من بناء ربع أو هدم أو عتق في رقيق، وشبهه وبين ما كان من السماء.

فقال: ما كان من فعل حائزه فهو الذي يضمنه، [192/ أ] ويكون عليه قيمته يوم فوته، وما لم يكن من فعله لم يضمنه؛ لأن يده كانت عليه بالارتهان وعقد أخذه[2] فالثمن فاسد يفسخ، ويبقى تحت يد حائزه رهناً كما كان، حتى يقبض حقه، بخلاف ما كان بيعا فاسداً، ولم يكن رهناً انظر[3] قوله [(في الثوبين المرهونين، إذا ضاع أحدهما فاختلفا في قيمته، القول قول المرتهن في قيمة الرهن، إذا هلك بعد الصفة مع يمينه)][4].

كذا عندنا، وفي نسخ[5] بعد الصفقة والصفة أبين.

ومعنى[6] قوله: [(في القيمة بعد أن يصفه، ويقومه غيره لا أنه يحلف على قيمته، بل إنما يحلف على صفته ثم قال: ويذهب من الرهن بمقدار قيمة الثوب الذاهب)][7].

كذا عندنا ومعناه؛ أي يسقط عنه من الدين بمقدار ما تلف من الرهن.

قال بعضهم: أبين من هذا لو قال: ويسقط من الدين، وهو ما بيناه وفي

---

(1) انظر: شرح التلقين، للمازري: 2/ 3/ 460 و461.

(2) في (م) و(ح): (آخره).

(3) في (ر2): (وانظر).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 285، و(العلمية): 4/ 154، و(السعادة/ صادر): 14/ 323، و(تهذيب البراذعي): 4/ 67.

(5) في (م): (بعض).

(6) في (ر2): (على).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 285، و(العلمية): 4/ 154 و155، و(السعادة/ صادر): 14/ 323، و(تهذيب البراذعي): 4/ 67.

قوله – هنا – [(القول قول المرتهن في قيمة الرهن)][1]، ولم يفصل دليل أن مذهبه أن الدين ليس بشاهد للرهن، وأن القول قول المرتهن، وإن لم يذكر من صفة الرهن ما يشبه الدين، وهو قوله في كتاب محمد[2].

وفي العتبية لأصبغ خلافه، وأنه لا يصدق فيما لا يشبه، وأن الراهن إن ادعى صفة تسوى مقدار الدين، فالقول قوله بجعل الدين شاهدا للرهن[3].

واختلف فيه قول أَشْهَب، ففي كتاب محمد مثل هذا، وله في العتبية: القول قول المرتهن، وإن لم يذكر إلا ما يساوي درهما[4] مثل قول ابن القاسم، وقاله ابن عبد الحكم وابن حبيب[5].

ولم يختلفوا أن الرهن شاهد للدين، وأن القول قول من ادعى قيمته، إلا ما وقع في العتبية أن القول قول المرتهن أبدا[6]، فإن كانت قيمة الرهن ما أقر به الراهن، وهذا على أنه رهن بنفسه، وشاهد عليه بذاته لا على ذمة الراهن، وقد بينا هذا الأصل قَبْلُ.

ومسألة: [(من أعتق أمة[7] الرهن أو دبرها، وتفريقه بينهما.

وقال ابن وهب: قال مالك: وكذلك التدبير مثل العتق)][8].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 285، و(العلمية): 4/ 154، و(السعادة/ صادر): 14/ 323، و(تهذيب البراذعي): 4/ 67.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 232.

(3) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 119.

(4) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 119.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 233.

(6) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 47 و48.

(7) في (م): (أمته).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 290، و(العلمية): 4/ 158، و(السعادة/ صادر): 14/ 327، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ثبت قول ابن وَهْب عن[1] ابن القاسم[2]، والدباغ، وسقط لغيرهما.

وثبت قوله بعد: [(وأما الكتابة)][3] إلى آخر كلامه فيها لابن المرابط: وهي لابن القاسم وحده عند ابن عتاب.

وقوله: [(إلا أن تكون قيمة الكتابة مثل الدين، فيجوز بيع الكتابة في الدين)][4]؛ ثبت لابن عتاب، وسقط لابن المرابط.

ومسألة من: [(أعتق عبده ولا مال له غيره، وعلى السيد دين فأراد الغرماء بيع العبد، فقال: خذوا دينكم مني أو قالها أجنبي)][5].

ومسألة: [(العبد يجني فيعتقه سيده)][6]؛ سقطتا من كتاب ابن عتاب.

ومسألة من: [(استعار عارية ليرهنها، وقوله: واتبع المعير المستعير بقيمتها)][7].

كذا عند شيوخنا، وكذلك رواية يحيى بن عمر، وعليه اختصر أبو محمد.

و(تهذيب البراذعي): 4/ 70.

(1) في (ر2): (عند).

(2) في (م): (إبراهيم).

انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 10/ 205.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 290، و(العلمية): 4/ 158، و(السعادة/ صادر): 14/ 327، و(تهذيب البراذعي): 4/ 70.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 290، و(العلمية): 4/ 158، و(السعادة/ صادر): 14/ 327.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 291 و292، و(العلمية): 4/ 158، و(السعادة/ صادر): 14/ 328، و(تهذيب البراذعي): 4/ 71.

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 292، و(العلمية): 4/ 159، و(السعادة/ صادر): 14/ 328.

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 292 و293، و(العلمية): 4/ 159، و(السعادة/ صادر): 14/ 328، و(تهذيب البراذعي): 4/ 71

وفي بعض الروايات بثمنها وفي أخرى بما أدى.

قال يحيى: وهذا أصوَب. وهو بمعنى رواية بثمنها. وهو قول أَشْهَب[1].

وفي: [(الراهن يقر أن العبد الرهن لغيره)][2]؛ ثبت عندنا لابن وضاح فيها قول غيره، إلا أن يكون الرهن مالاً[3] آخر إلى قوله: [(وإن أراد الذي أقر له أن يأخذ عبده ويفتكه[4] بالدين)][5]، ويرجع بذلك على الراهن يطلبه به، فذلك له.

زاد في رواية ابن هلال، قال سحنون: إن شاء ضمنه قيمته يوم رهنه، وسقط قول غيره، وقول سحنون في أكثر الروايات.

وذكر ابن أبي زمنين قول غيره بلفظ آخر والمعنى متقارب، وقال: لم يكن عند ابن وضاح، وذكره[6] بعض الرواة[7] عن سحنون.

ومسألة: [(إذا أعتق المعير العبد الرهن، يقال له إن كان موسرا: أدِّ الدين، وخذ عبدك، زاد في رواية ابن وضاح ، إلا أن تكون قيمة العبد أقل من الدين فلا يكون عليه إلا قيمته؛ لأن قيمته كأنها هو)][8] وسقط

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبى زيد: 10/ 196 و197.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 293، و(السعادة/ صادر): 14/ 329، و(العلمية): 4/ 159، و(تهذيب البراذعي):4/ 72.

(3) في (ر2): (مال).

(4) في (ر2): (ويعتقه).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 293، و(العلمية): 4/ 159، و(السعادة/ صادر): 14/ 329.

(6) في (م): (وذكر).

(7) في (م): (الروايات).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 294، و(العلمية): 4/ 160، و(السعادة/ صادر): 14/ 329

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

للدباغ وهو صحيح.

ومسألة: [(العبد المأذون يشتري من يعتق على سيده، وهو يعلم أو لا يعلم والبائع يعلم أو لا يعلم[1]، فذلك سواء وينفذ البيع، ويعتقون على العبد[2])][3] إلى آخر المسألة.

طرحها سحنون، وقال: هي خطأ، وصحت عند سعيد بن حسان، وزونان[4]، وهي خلاف ما في كتاب العتق[5]، والوكالات[6] والقراض[7] في[8] التفريق بين علمه وغير علمه، وأنه إن علم المشتري لم يجز على الآمر، ورب المال وإن لم يعلم أعتق عليهما.

وقال أَشْهَب في المأذون لا يعلم: يعتق إذا لم يعلم، وفي بعض روايات =

و330، و(تهذيب البراذعي): 4/ 72.

(1) قوله: (يعلم أو لا يعلم) ساقط من (م).

(2) في (م): (السيد).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 295، و(السعادة/ صادر): 14/ 330، و(العلمية): 4/ 160، و(تهذيب البراذعي): 4/ 72.

(4) في (ر2): (ورومان).

(5) انظر: المدونة (زايد): 5/ 314، و(العلمية): 2/ 426، و(السعادة/ صادر): 7/ 197، و(تهذيب البراذعي): 2/ 512.

(6) في (ر2): (والوكالات).

وانظر: المدونة (زايد): 7/ 212 و213، و(العلمية): 3/ 272، و(السعادة/ صادر): 4/ 244، و(تهذيب البراذعي): 3/ 214.

(7) انظر: المدونة (زايد): 8/ 470، و(العلمية): 3/ 659، و(السعادة/ صادر): 12/ 125، و(تهذيب البراذعي): 3/ 540.

(8) في (م): (و).

المدونة نحو قول البرقي في[1] مسألة [(الوكيل يشتري أبا رب المال وهو عالم، وفي بعضها - هنا - عند قوله: قال أرى إن باعه البائع وهو يعلم أو لا يعلم فذلك سواء)][2]، فلم يصرح بعدم علم العبد.

فإن كان إنما رد المسألة على العبد[3]، فهو وفاق لما في كتاب العتق والوكالات[4] والقراض، وقد تقدمت في الوكالات[5].

وفي بعض روايات المدونة في آخر المسألة.

قال سحنون: وقد كان يقول غير هذا أنه[6] [192/ ب] [(إن كان العبد[7] علم العبد[8] بذلك واشتراه على ذلك وهو يعلم، فإن ذلك لا يجوز، وإنما ذلك بمنزلة ما لو أعطاه سيده مالا يشتري به له عبداً فاشترى أبا مولاه أو ابنه وهو يعلم، فإن ذلك لا يجوز على سيد العبد، ويرد البيع)][9].

قال سحنون: وهذا أحب إلي، ثبتت هذه الزيادة في كتاب أبي عبد الله بن الشيخ لابن وضاح، وقال: قرأتها من الأصل.

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 295، و(العلمية): 4/ 160، و(السعادة/ صادر): 14/ 330، و(تهذيب البراذعي): 4/ 72.

(3) انظر: النكت والفروق، لعبد الحق: 2/ 50.

(4) في (ر2): (والوكالة).

(5) في (ر2): (الوكالة).

(6) قوله: (أنه) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (كان العبد) ساقط من (م).

(8) قوله: (العبد) زيادة من (م).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 295، و(العلمية): 4/ 160، و(السعادة/ صادر): 14/ 330، و(تهذيب البراذعي): 4/ 72.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال القاضي رحمه الله: وهذا بين أن ما تقدم خلاف من قوله بين.

ومسألة: [(إن أعرت سلعة رجلاً؛ ليرهنها فرهنها في غير ما أمره به)][1] إلى آخرها، وقول غيره فيها ثبتت - هنا - عندي، وكانت ساقطة هنا من كتاب ابن عتاب، ثابتة عنده آخر المسألة من الكتاب مع قول غيره وسقطت للدباغ.

وثبتت في كتاب ابن سهل وسقط عنده قول غيره وثبتا جميعاً في كتاب ابن المرابط، ولم يقرأه[2]، وقال: لم يقرأه ابن وضاح؛ يعني قول غيره، ولم يذكر ابن أبي زمنين قول غيره، ونبه على سقوط قول[3] ابن القاسم في بعض الروايات.

وقوله: [(في الرجلين يرهنان داراً من رجل فيقضي أحدهما أيكون له أن يأخذ حصته من الرهن)][4].

قال ذلك له خرج منها بعض الشيوخ جواز حوز الجزء المشاع مع الراهن المالك لنفسه.

ومذهب الكتاب، ومشهور المذهب أن حوزه لا يكون إلا بأن يحوز المرتهن جميعه أو يجعلاه على يد غيرهما.

وقيل: يجوز إذا حل في الجزء المشاع محل صاحبه، وكانت يده عليه كيده[5].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 298، و(العلمية): 4/ 162، و(السعادة/ صادر): 14/ 332، و(تهذيب البراذعي): 4/ 72.

(2) قوله: (ولم يقرأه) زيادة من (م).

(3) قوله: (قول) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 302، و(العلمية): 4/ 164، و(السعادة/ صادر): 14/ 335، و(تهذيب البراذعي): 4/ 75.

(5) في (م): (مع يده).

وقيل: إنما يصح ذلك فيما لا ينتقل به من الرباع[1]، فأما ما ينتقل به فلا يصح وضع أيديهما عليه.

وعندي أنه لا حجة للقائل من هذه المسألة، ولا تخريج لهذا القول منها؛ لأنه لم يقل إن بقاءه بعد بيده لا يبطل الرهن، وإنما تكلم على خروجه بذلك من الرهن، لعله ليبيعه فينتفع بثمنه، ولعل صاحبه - حينئذ - يقول له: انظر في تجويز ذلك لي أو نضع الجميع على يد غيرنا؛ إذ خرج من رهنك، وأخشى بقاءه في يدك يبطل رهني.

ومسألة: [(اقتضاء أحد الشريكين في الحق حقه من غريمه)][2]، تكلم عليها في كتاب الكفالة[3] والرهون وتحقيق المسألة أن الدينين له[4] إذا كانا من شركة من ثمن مبيع بينهما أو من سلف واحد اشتركا فيه قبل[5]، وهما جنس واحد فهذا متى اقتضى أحدهما دون الآخر دخل معه فيه، إذا كتباه بكتاب واحد،وهو قوله في الكتاب، وإنما الذي لا يكون لأحدهما أن يقتضي دون صاحبه أن يكتبا بينهما كتاباً جميعاً بشيء واحد يكون ذلك الشيء بينهما.

ثم قال: [(مثل أن تكون دنانير كلها أو قمح كلها)] إلى آخر كلامه، فأما إذا كتباه في كتابين فكأنهما قد اقتسماه على الغريم، ورضيا بالتفاضل فيه، فأما إن

---

(1) قوله: (من الرباع) يقابله في (م): (كالرباع).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 303، و(العلمية): 4/ 164 و165، و(السعادة/ صادر): 14/ 335، و(تهذيب البراذعي):4/ 75 و76.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 183، و(العلمية): 4/ 101، و(السعادة/ صادر): 13/ 258، و(تهذيب البراذعى): 4/ 18.

(4) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (قبل) ساقط من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كانا من نوعين أو حقين[1] مختلفين، كبيع وسلف أو دنانير، وطعام فلكل واحد منهما أن يقتضي دون صاحبه، كانا بكتابين أو بكتاب واحد؛ إذ[2] لا شركة بينهما في ذلك، كما نص عليه في الكتاب[3].

ولو كانا من جنس واحد، ونوع واحد من الحقوق ولا شركة بينهما في ذلك، كدنانير من سلفين مختلفين منفردين، فإن كانا بكتابين لم يدخل أحدهما على الآخر، وكذلك لو كانا بكتاب واحد.

قال أبو العباس الأبياني وغيره: حتى يكون أصل ما باعاه به أو أقرضاه قبل بينهما، وهو ظاهر قوله في الكتاب، وإنما الذي لا يكون لأحدهما الكلام الذي قدمناه.

قالوا: وكذلك لو قصدا بجمعه في الكتاب الاشتراك لم يصح، ولم يمض، واختصار ذلك كله أنه إنما يكون لأحدهما الدخول فيما اقتضاه صاحبه فيما كتباه[4] في كتاب واحد من مال أصله شركة بينهما لا غير ذلك وهو بين من الكتاب.

وأما الرهن: فإنما يدخل أحدهما على صاحبه فيما اقتضاه إذا كان بينهما من نوع واحد، كما قال في الكتاب: [(دنانير كلها أو قمح، ذلك كله وإن لم يكتبا بذلك كتابا)][5].

---

(1) في (م): (جنسين).

(2) في (م): (و).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 303، و(العلمية): 4/ 165، و(السعادة/ صادر): 14/ 335، و(تهذيب البراذعي): 4/ 76.

(4) في (م): (كتبناه).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 303، و(العلمية): 4/ 165، و(السعادة/ صادر): 14/ 335، و(تهذيب البراذعي): 4/ 76.

ومسألة الحبس، وقوله: [(إذا حبس الرجل دارا على ولده الصغار أو الكبار، وسكن منها المنزل، وهي ذات منازل فحاز الكبار سائر الدار أو كانوا أصاغر، ثم قال أخيراً: إذا سكن من حبسه أقله جاز ذلك كله وإن كان سكن أكثره أو كله لم يجز منه قليل ولا كثير)][1].

ظاهره تسوية الصغار والكبار في حوز الأب الجل.

وسقط قوله: **فحاز الكبار**[2] **سائر الدار** من كتاب الدباغ[3]، ولم يكن عند ابن عتاب[4].

قال ابن وضاح: سقوطه حسن وثبت عند يحيى.

قال فضل: ما أرى إثباته إلا غلطا؛ لأن من قول ابن القاسم أن الكبار إذا حازوا ما تصدق به[5] عليهم وإن كان يسيراً جاز، إلا أن يكون ما - ههنا - إنما رجع [193/ أ]؛ لقوله: إذا حاز الجل بطل الكل على الصغار خاصة.

قال القاضي رحمه الله: قد قال في كتاب محمد هو وأَشْهَب أن اليسير يبطل إذا سكن الجل الأب كان هو الحائز للصغار أو حوزه لغيره[6]، فخرج بعضهم من هذا أن[7] الجميع يبطل على ظاهر[8] رواية يحيى في الكتاب، ونحوه في صدقة

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 306، و(السعادة/ صادر): 14/ 337، و(العلمية): 4/ 166، و(تهذيب البراذعي): 4/ 76.

(2) قوله: (فحاز الكبار) يقابله في (م): (في الكتاب).

(3) في (ر2): (الرباع).

(4) قوله: (ابن عتاب) ساقط من (م).

(5) قوله: (به) زيادة من (م).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن ابى زيد: 12/ 121.

(7) قوله: (أن) زيادة من (ر2).

(8) قوله: (ظاهر) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

العتبية[1].

وقال ابن أبي زمنين: لفظة ابنه الكبير، ساقطة في بعض الروايات؛ يعني في أول المسألة.

قال: وهو صحيح على مذهَبِ ابن القاسم، وروايته وبين أصحاب مالك تنازع في هذا الأصل.

قال القاضي رحمه الله: والخلاف فيه مبني على الخلاف في مراعاة الأتباع.

وقوله في: [(الصغار إذا سكن القليل منها، وجلها يكريه، جاز)][2].

ظاهره أنه إنما يصح إذا كان يكريه لهم أو[3] يشغله بمتاع لهم أو يسكنهم إياه، ويشغل هو اليسير منها، فأما لو سكن أقلها وبقي جلها[4] خالياً لبطل الجميع؛ لأن الكل في ملكه وتحت منفعته، وإلى هذا ذهب بعض الصقليين، وهو صحيح في النظر ظاهر من لفظ الكتاب.

تم كتاب الرهون بحمد الله وحسن عونه ويمنه، يتلوه كتاب الغصب إن شاء الله[5].

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 275.

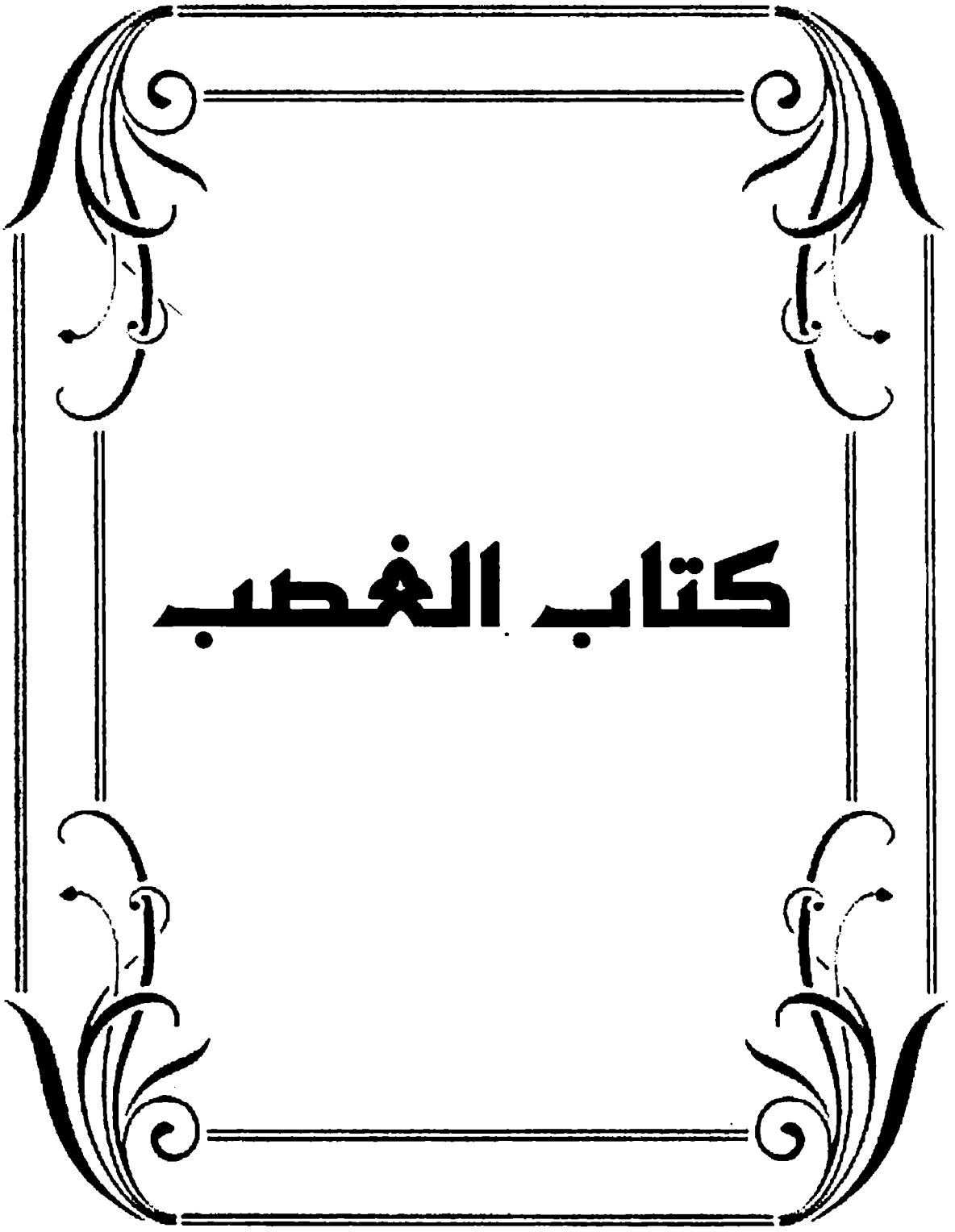
(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 305، و(العلمية): 4/ 166، و(السعادة/ صادر): 14/ 337، و(تهذيب البراذعي):4/ 76.

(3) في (م): (و).

(4) في (ر2): (جميعها).

(5) قوله: (تم كتاب الرهون ... إن شاء الله) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي



كتاب الغصب

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الغصب

الغصب في لسان العرب ينطلق[1] على أخذ كل مملوك[2] بغير رضى مالكه من شخص أو مال أو منافع، وكذلك التعدي، كان سراً أو جهراً أو اختلاساً أو سرقة أو خيانة أو قهراً[3]، غير أنه استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان المتملكات[4] بغير رضى أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة واستعمل التعدي عرفاً، في التعدي على بعضها أو منافعها، سواء كان للمتعدي في ذلك يد بإذن[5] أربابها أو لم يكن؛ كالقرض[6] والودائع والقراض[7] والإجارة والصناع والبضائع والعواري.

وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي في وجوه منها: أن الغاصب ضامن للسلعة يوم الغصب؛ لأنه يوم وضع يده عليها صار ضامناً[8] بالتعدي والمتعدي[9] من يوم التعدي؛ لأن يده كانت[10] قبل عليها[11] بإذن ربها، ولأن

---

(1) في (ر2): (منطلق).

(2) في (ر2): (مملك).

(3) انظر: لسان العرب: 1/ 648.

(4) في (م) و(ح): (الممتلكات).

(5) قوله: (يد بإذن) يقابله في (ر2): (إذن).

(6) في (ر2) و(ح): (كالقراض).

(7) قوله: (والقراض) زيادة من (م).

(8) قوله: (صار ضامنا) زيادة من (ر2).

(9) في (ر2): (يتعدى).

(10) في (ر2) و(ح): (كان).

(11) في (ر2): (عليهما).

الغاصب إذا جاء بها سالمة لم يبعها أخذها ربها والمتعدي يضمنها، وإن جاء بها سالمة لكن قد جعل غير ابن القاسم الغاصب كالمتعدي[1]، إذا أمسكها عن أسواقها أو حتى نقصت قيمتها لافتراقهما[2] في الفساد اليسير، فالغاصب يضمن فيه والمتعدي لا يضمن، إلا في الكثير، ولأن[3] على المتعدي كراء ما تعدى عليه[4] وأجرته بكل حال عند مالك[5].

وقال في الغاصب: [(لا كراء عليه)][6] وفي كثير من هذه الأصول اختلاف بين أصحابنا معلوم.

وقوله في الغاصب للجارية: [(إذا أصابها عيب غير مفسد، قال لي[7] مالك: ليس له إلا جاريته، إلا أن تنقص في بدنها، ولم يقل لي: نقصان قليل ولا كثير[8]، وذلك عندي سواء، إن نقصت قليلاً أو كثيراً، إن أحب أن يأخذها معيبة على حالها وإن أحب ضمنه قيمتها يوم غصبها)][9].

---

(1) قوله: (لم يبعها أخذها ربها ... الغاصب كالمتعدي) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (لافتراقهما) يقابله في (ر2) و(ح): (ولأن افتراقهما).

(3) قوله: (ولأن) ساقط من (م).

(4) في (ر2): (عليها).

(5) انظر: المدونة (زايد): 8/ 155، و(العلمية): 3/ 489، و(السعادة/ صادر): 11/ 481، و(تهذيب البراذعي): 3/ 448.

(6) انظر: المدونة (زايد):9/ 335 ، و(العلمية): 4/ 180 ، و(السعادة/ صادر): 14/ 356 ، و(تهذيب البراذعي): 4/ 89 .

(7) قوله: (لي) ساقط من (ر2).

(8) قوله: (نقصان قليل، ولا كثير) يقابله في (م): (نقصانا قليلا ولا كثيرا).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 319، و(العلمية): 4/ 172 و173، و(السعادة/ صادر): 14/ 346، و(تهذيب البراذعي): 4/ 80،81

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ظاهر قول مالك - هنا - خلاف قول ابن القاسم؛ لقوله: [(وذلك عندي سواء)][1]؛ لإشعاره بخلاف ما تقدم، وأن الغصب والتعدي على ظاهر قوله هذا سواء لا تلزمه القيمة، إلا في الكثير دون اليسير، نحو ما يظهر - أيضاً - من قوله: في باب اغتصاب الجواري [(إذا أصابها عند البائع عيب مفسد كان لربها أن يضمنه جميع قيمتها)][2]، وكما يظهر من كتاب محمد[3].

وما نص عليه أبو القاسم بن الجلاب[4]، في اختلاف قوله في العيب اليسير أنه[5] لا يضمن به الغاصب، ورجحه بعض المتأخرين من شيوخنا.

وقوله في الغاصب: [(إلا أن يكون استعمل[6] الدابة فأعجفها أو أدبرها أو أنقضها[7]، فله أخذ القيمة)][8].

كذا روايتنا - هنا - وكذا في كثير من الأصول، وفي بعضها: **فأعجفها وأدبرها وأنقضها.**

ومعنى **أنقضها**: أثقل حملها حتى أنقضها[9].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 319، و(العلمية): 4/ 173، و(السعادة/ صادر): 14/ 346.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 321، و(العلمية): 4/ 173، و(السعادة/ صادر): 14/ 347، و(تهذيب البراذعي): 4/ 81.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 315.

(4) انظر: التفريع، لابن الجلاب: 2/ 299.

(5) في (ر2): (إذ).

(6) في (ر2): (استعمال).

(7) في (ر2): (أنقصها).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 318، و(العلمية): 4/ 172، و(السعادة/ صادر): 14/ 345، و(تهذيب البراذعي): 4/ 90.

(9) في (ر2): (نقصها).

ومعنى **أنقضها**: أذهب قواها ولحمها من نقضت الحبل إذا حللت فتله.

وقد يكون **أنقضها**، أي فعل ذلك بها حتى سمع[1] نقيض عظامها، وهو صوتها، وقد ذكر هذان التفسيران في قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِىٓ أَنقَضَ ظَهْرَكَ﴾ [الشرح: 3][2].

وقوله في المسألة: [(فله أن يأخذ دابته يوم غصبها، ثم قال: إنما له أن يأخذها إذا وجدها على حالها أو يأخذ قيمتها يوم غصبها[3]، إذا كان دخلها نقص، ولا شيء [193/ ب] له من عملها)][4].

ولم يذكر أن يأخذ معها ما نقصها فعليه احتج بهذا[5] ومثله، بعض المشايخ من الأندلسيين بأن هذا قول له[6] آخر في المدونة في النقص، وإن كان من فعله أنه لا يأخذ له شيئا، كالذي[7] يكون من عند الله، ومثله عنده قوله في: [(السارق يهزل الدابة من ركوب)][8].

وفي كتاب القذف[9]، وغير موضع في الكتاب، ألفاظ تشبه هذا وغير

---

(1) في (م) و(ح): (يسمع).

(2) انظر: تفسير ابن أبي حاتم: 10/ 3445، وغريب القران: 1/ 87، وتفسير البغوي: 8/ 463.

(3) قوله: (ثم قال: إنما له ... يوم غصبها) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 339، و(العلمية): 4/ 182، و(السعادة/ صادر): 14/ 358، و(تهذيب البراذعي): 4/ 90.

(5) في (ر2): (هذا).

(6) في (ر2): (قوله).

(7) قوله: (كالذي) يقابله في (ر2) و(ح): (كما الذي).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 336و 339- 341و 346، و(العلمية): 4/ 181 و182، و(السعادة/ صادر): 14/ 358و 363، و(تهذيب البراذعي): 4/ 91.

(9) انظر: المدونة (زايد): 11/ 11، و(العلمية): 4/ 479، و(السعادة/ صادر): 16/ 205، و(تهذيب البراذعي): 4/ 468.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

موضع في العتبية[1]، وهو قول أَشْهَب أنه إنما له أخذ القيمة أو أخذها ناقصة[2]، وهو قول سحنون ومحمد، ولم يرو في هذا القول له أن يأخذ ما نقص؛ لأنه ملك[3] أخذ القيمة، فكأنه فسخها في بعض عبد وقيمة بعضه، ولم يراع هذا ابن القاسم في مشهور قوله، ورأى أنه لم يملك بعد القيمة حتى يختارها، فمن حجته أن يقول: أنا لا أطالبك بالغصب وأطالبك بالتعدي.

واختلافهم في هذا على اختلافهم من أصل هذا الباب، وهو: من ملك أن يملك أهو كمن ملك حقيقة، أم لا؟

وقد ركب[4] بعض مشايخنا على هذا الأصل مسائل لا تبعد من اختلافهم علي.

وذهب بعض شيوخ القرويين إلى أن ما وقع في الكتاب مما تقدم ليس بخلاف من قول ابن القاسم، وإنما هو فرق بين الهزال والعجف وبين نقص البدن؛ لأن نقص البدن لا يرجع في ثاني حال، والهزال والسمن لا يبقى على حال، وقد ترجع الدابة لحالها ثانيا.

وقيل: الفرق بينهما - أيضاً - أن عجف الدابة، وما ينال من سبب الركوب، هو من سبب مباشرة الراكب، فأشبه ما كان من السماء مما لا شيء على الغاصب فيه، بخلاف ما قصده من قطع يد وعضو.

وهذا فرق ليس بالبين؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وما كان

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 11/ 246- 258و 260 و261.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 8/ 468.

(3) قوله: (ملك) ساقط من (ر2).

(4) في (م): (رتب).

من سببه ولم يقصده، فأقل أحواله أن يكون حكمه حكم الخطأ.

ولا يختلف في خطإ الغاصب كما اختلف في خطأ المشتري، ورواية علي بن زياد وأَشْهَب، في العبد المغصوب إذا تغير عن حاله أن ربه بالخيار، إن أحب أن يأخذ قيمة العبد أو الدابة، ولا شيء له من غلتهما، وإن شاء أخذهما ناقصين وأخذ غلتهما، وهو أحسن من رواية ابن القاسم.

وقول ابن نافع مثل قول ابن القاسم[1] وقعت هذه الرواية في كتابي، ولم تكن في أكثر النسخ، وهي صحيحة في غير المدونة.

وقوله في: [(المتعدي يقطع يد عبدي أو أمتي أو فقأ أعينهما أو قطع أيديهما أو أرجلهما جميعا أو يداً أو رجلا ما عليه؟

قال في قول مالك: يضمن قيمة العبد كلها، إذا كانت جنايته على العبد قد أفسدته بمنزلة ما أفسد من العروض - ثم قال - ونحن نقول إذا كان فساداً لا منفعة في العبد حتى يضمنه من تعدى عليه، عتق عليه كمن مثل بعبده - ثم قال في قطع يد الدابة أو رجلها أو فقء عينها أو قطع ذنبها - إن كان عيباً أفسد الدابة حتى لا يكون فيها كبير منفعة، أخذها الجاني، وغرم قيمة جميعها والغنم والبقر والإبل مثل الثوب)][2].

فلم يفسر في جوابه - هنا[3] - ورد الأمر إلى فساده[4]، إلا أنه يفهم من قوله: إذا كان فساداً لا فيه، حتى يضمنه من تعدى عليه عتق عليه أنه يضمنه فيما يعتق

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 390.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 320، والعلمية : 4/ 173، و(السعادة/ صادر): 14/ 346، و(تهذيب البراذعي): 4/ 80.

(3) في (ر2): (هناك).

(4) قوله: (الأمر إلى فساده) يقابله في (ر2): (الأموال جوابه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عليه، وإن لم تبطل به منفعة[1]، لكنه قد بين مذهبه في الفساد بقوله: حتى لا يكون فيه كبير منفعة، فلم يجعله فساداً يقطع منه المنفعة بالجملة.

وبينه - أيضاً - في كتاب الديات، بتفريقه بين العينين واليدين، في التضمين وبين العين الواحدة واليد الواحدة؛ فقال: لا يضمن في ذلك[2].

فعلى هذا يأتي كلامهم كله تفسيراً[3] لما قال من مراعاتهم قطع يد العبد الصانع أنه يضمن، وإن بقيت فيه منافع، بخلاف التاجر.

وقطع ذنب دابة الامتطاء أو أذنها على ما في كتاب ابن حبيب[4] وابن القصار أو فقء عين الفرس الفاره على ما لعبد الملك في الثمانية، وإن بقيت فيه منافع الحمل والركوب لغير ذوي الهيئات، لكنه أفسد على صاحبها غرضه فيها أو إفساد ضرع الشاة التي تراد للبن، وإن بقي فيها منفعة اللحم والنتاج والصوف، إذا كثر المراد منها للبن بخلاف البقرة والناقة على ما قالوه، وكان ببلادهم وشبه هذا، فكله يستفاد منه ما ذكرناه.

ويحتمل ما وقع من اختلاف قول عبد الملك في كتاب ابن حبيب[5]، في المقطوعة الأذن والمفقوءة العين أن في فره دواب الامتطاء الخلاف، فإنه مرة قال: إن قطع الأذن لا يوجب التضمين، وإنما يرجع بما نقص وهو قول

---

(1) قوله: (به منفعة) يقابله في (م): (منفعته).

(2) انظر: المدونة (زايد): 11/ 400 و401، و(العلمية): 4/ 669، و(السعادة/ صادر): 16/ 450.

(3) في (ر2): (تفسير).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 337.

(5) قوله: (في كتاب ابن حبيب) ساقط من (م).

وانظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 337.

مُطرِّف[1] وأصبغ[2].

ومرة قال: إنه يوجب التضمين؛ كقطع الذنب، وهذا القول أولى؛ إذ لا فرق بين الأذن والذنب، في اجتناب أهل المروءة، [194/ أ] والهيئات وركوب[3] من به ذلك.

وكذلك قولهم الثلاثة إن فقأ العين في هذا النوع لا يوجب التضمين[4].

وقال عبد الملك - أيضاً - في الثمانية: في فقء عين الفرس الفاره يضمن قيمته[5].

وكذلك تفريقهم في تضمينه بإفساده ضرع الشاة الغزيرة اللبن، وبين البقرة والناقة، ومرة سوى البقرة والشاة في ذلك.

وعلى الخلاف حمل المسألة اللخميّ في التعدي اليسير؛ إذا أفسد الغرض المقصود[6]، وقد يحتمل أن اختلاف قولهم هذا ليس بخلاف في هذا الأصل، وإنما هو اختلاف في صورة هذه النوازل هل هي مفيتة للغرض المقصود منها؟ حتى كان غيره ليس بكبير منفعة لما لم يكن مقصوداً أم هل ما بقي فيه من المنافع كثير وهذا يسير في جانب ما بقي؟

وقد يحتمل أن خلاف قوله في الأذن الواحدة والعين الواحدة؛ لاختلاف الضرر في العداء عليهما، فلم يضمنه إذا كان قطع الأذن يسيراً، وهو معنى قوله

---

(1) في (ر2): (أشهب).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 337.

(3) قوله: (و) زيادة من (ر2).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 338.

(5) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5761.

(6) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5758 وما بعدها.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

عندي؛ لأنه قال: لا يركب ذو الهيئة مقطوع الذنب، ويركبه[1] أجدع[2].

والجدع قطع اليسير من الأذن وهي الخضرمة -أيضاً-[3].

ويكون معنى القول الآخر في تضمينه إذا كان اصطلم جميع الأذن.

ولا فرق في القبح وتجنب ذوي الهيئات بين ركوب أقطع الأذن أو أقطع الذنب وهذا لا يسمى جدعاً وإنما يسمى عضباً[4] واصطلاماً، وكذلك ضمنه في فقء العين، إذا كانت حجراً قبيحة المنظر مما لا يركبها بتلك الصفة من ذكر، ولا يضمنها[5] إذا بقيت قائمة الشخص وإن أفسد نظرها[6]؛ لأن هذه لا يجتنب ركوبها ذو الهيئة؛ لأن تشويهها ليس بظاهر.

وقوله: [(فيمن أقام شاهداً على أرض أنها له وشاهداً آخر أنها حيّزه)][7]

---

(1) في (م) و(ح): (ويركب).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 338.

(3) يتبين من قول عياض السابق أن الجدع والخضرمة لفظتان مترادفتان، ولم أقف على قول لأحد اللغويين ينص فيه على ترادفهما غير أن معنى كل منهما قريب من الآخر في كتب اللغة؛ فيقول الخليل في (الجدع): «الجَدْعُ: قطع الأنف والأذن والشفة»، ويقول في (الخضرمة): «والخَضْرَمَةَ: قطعُ إحدى الأُذنين خاصةً وهي سِمةُ أهل الجاهلية»، وتبعه في هذا بعض اللغويين.

انظر: معجم العين: 1/ 219 و 4/ 329، والمحكم والمحيط الأعظم: 1/ 305 و5/ 329، ولسان العرب: 8/ 41 و12/ 184.

(4) في (م): (عطبا).

(5) في (ر2): (يضمنه).

(6) قوله: (أفسد نظرها) يقابله في (ر2): (فسد بطرها).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 321، و(العلمية): 4/ 49، و(السعادة/ صادر): 14/ 347، و(تهذيب البراذعي): 4/ 84.

- بتشديد الياء - كذا روايتنا في هذا الحرف.

وكذا ضبطه ابن سحنون.

وجاء في رواية الأجدابي[1]: حيْزه - بسكون الياء - وهما صحيحان، كما قيل: هيّن وهيْن.

قال سحنون في المجموعة: ومعناه الملك؛ أي ملكه وحقه.

قالوا[2]: ولو أراد بقوله: حيزه غير الملك، وإنما أراد به الحوز لم تكن[3] شهادة بالملك.

قال سحنون: ولا يقضى له بها حتى يشهدوا له[4] بالملك، وأنه كان يحوزها بحقه؛ يريد ولا يتم له الملك والحكم به إلا باليمين مع شهادة شاهد الملك، لكن شهد[5] له - هنا - باليد، فإن جاء من يشهد له بالملك كان أحق منه[6].

وقوله في شاهد بالملك، وآخر بالغصب: [(لا أراها[7] شهادة واحدة، فإن كان قد دخل الجارية نقص حلف مع شاهد الغصب؛ وأخذ قيمتها إن شاء)][8]

---

(1) في (ر2): (الإبياني).

(2) قوله: (قالوا) ساقط من (م).

(3) في (ر2): (يكن).

(4) قوله: (له) زيادة من (م).

(5) في (ر2): (قد يشهد).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 9/ 6.

(7) قوله: (لا أراها) يقابله في (ر2): (لأراها).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 321، و(العلمية): 4/ 173، و(السعادة/ صادر): 14/ 347، و(تهذيب البراذعي): 4/ 83 و84.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لم يجعلها شهادة واحدة[1] في الفوات؛ إذ[2] لم يتفقا على الغصب، فيضمنه ولا على الملك في القيام، فيأخذها بيمين بعد القضاء أنه لم يفت وأنها ملكه، إذ لم يشهد شاهد الغصب بالملك التام، وإذ لو شهد شاهدان بالملك لما حكم له بها، حتى يحلف يمين القضاء أنها ما خرجت من ملكه.

ولو تمت الشهادة على الغصب ردت إليه، ولم يحلف؛ ولأن الشهادة بالغصب ليست بشهادة على الملك، إذ قد يقول: لا أدري أنها ملكه ولعلها عنده وديعة أو عارية أو رهن أو بإجارة، وإنما رأيت أخذها من يده.

وقد ذكر أبو عِمرَان عن أصبغ: أن ابن القاسم رجع عما في كتاب الغصب.

وقال: أراها[3] شهادة واحدة، إذا لم تفت الأمة.

قال القاضي رحمه الله: وهذا كله عندي غير اختلاف، وإنما لم يرها في كتاب الغصب شهادة واحدة؛ لما قلناه.

وجعلها في الرواية الأولى شهادة واحدة، ولم يقل تامة؛ لأنها توجب في قيامها تقدم يد القائم عليها دون الحكم له بملكها، حتى يحلف مع شاهد الملك ويمين القضاء وحتى لو جاء آخر بشاهدين على الملك أو بشاهد عليه وأراد أن يحلف معه كان أحق بها إلا أن يحلف هذا مع شاهد الملك.

واختلف: هل يمينه مع شاهد الملك معارض لشاهدين بملك غيره أو يرجح عليه الشاهدان.

---

(1) قوله: (فإن كان قد دخل ... شهادة واحدة) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (إذا).

(3) في (م): (إنها).

وعلى هذه الرواية الأخيرة في المسألة اختصر أبو محمد المسألة، وقال: فقد اجتمعا على إيجاب الملك، ولم يجتمعا على إيجاب الغصب واتبعه أكثر المختصرين.

وقد قال بعد هذا: إذا شهدوا أنه غصبها منه فقد شهدوا أنها له، وإن قالوا: لا ندري، أهي للمغصوب أم لا؟

ثم قال: أما[1] كنت ترده عليه[2]، وهذا إنما يريد ردها إليه بتقدم يده عليها على ما قدمناه.

ومسألة: [(الذي يدفع ثوبا للغسال)][3] ثبتت عند ابن وضاح وسقطت عند إبراهيم وعند ابن المرابط، وضرب عليها في كتاب يحيى بن عمر وابن أبي سليمان.

وقوله: [(إن ادعى الغاصب هلاك الجارية وحلف على صفتها وغرم القيمة، ثم ظهرت بعد ذلك مخالفة للصفة أن للمغصوب منه الجارية أن يزاد إلى ما أخذ تمام قيمة الجارية)][4]؛ يعني جاريته له؛ لأنه إنما جحده بعض القيمة.

كذا أصلحها سحنون، وكذا في كتاب أبي[5] إبراهيم، وكذا خرجها في

---

(1) في (ر2): (ما).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 325، و(العلمية): 4/ 174، و(السعادة/ صادر): 14/ 350، و(تهذيب البراذعي): 4/ 86.

(3) انظر: المدونة (زايد): 8/ 170، العلمية: 3/ 498 (السعادة/ صادر): 11/ 491.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 326، و(السعادة/ صادر): 14/ 350 و351، و(العلمية): 4/ 176، و(تهذيب البراذعي): 4/ 86.

(5) في (م): (به).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب ابن المرابط، وكان في أصله: فيكون للمغصوب منه الجارية أن يأخذ من الغاصب تمام القيمة[1] [194/ ب]؛ لأنه إنما جحده بعض القيمة، وهما بمعنى.

وفي بعض الروايات: [(فيكون[2] للمغصوب منه الجارية أن يرد ما أخذ ويأخذ جاريته، وإن شاء تركها وحبس ما أخذ من القيمة.

قيل: هذا قول مالك؟ قال: هذا رأيي)][3].

وكذلك في كتاب ابن عتاب وعلم عليه.

قال ابن وضاح[4]: قال سحنون: لست أعرفه يقول هذا، وتركه ولم يعرضه سحنون.

قال يحيى بن عمر: روى أصبغ[5] وأبو زيد عن ابن القاسم أن لربها أن يرد ما أخذ ويأخذ جاريته.

وقوله في مستحق الجارية وقد ولدت من المشتري أو أعتقها.

قال: [(أما في العتق فله أن يأخذها ويردها رقيقاً، وأما إذا ولدت من المشتري، فقد اختلف قول مالك فيها، وأحب قوليه إلي أن يأخذها ويأخذ قيمة ولدها)][6]، وهذا هو قول مالك الأول.

---

(1) قوله: (تمام القيمة) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (فيكون) ساقط من (م).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 326 ، و(العلمية): 4/ 176، (السعادة/ صادر): 14/ 351، و(تهذيب البراذعي): 4/ 86 .

(4) قوله: (قال ابن وضاح) ساقط من (م).

(5) قوله: (أصبغ) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 327 و328، و(العلمية): 4/ 177، و(السعادة/ صادر): 14/ 351 و352.

وله في المسألة ثلاثة أقوال معلومة، نص في المدونة على اثنين منها هذا **أحدها**.

والثاني: يأخذ قيمتها وقيمة الولد[1].

والثالث: عنه[2] في كتاب ابن حبيب وغيره أنه[3] الذي رجع إليه حين نزلت به، في استحقاق أم ولده محمد، وأفتى بها.

وحكم في مسألته بقوله: إذ[4] ليس له إلا قيمتها فقط، وهو قول عبد الملك وابن دينار وابن أبي[5] حازم والمغيرة[6] وابن كنانة، وقد ذكروا في غير كتاب ابن حبيب أنه كان قول مالك القديم.

قال ابن لبابة وأبو عِمرَان، وقد أشار إلى هذا[7] في كتاب الغصب من المدونة، وفي كتاب الاستحقاق وذكر ابن لبابة لفظه الذي قدمناه.

قال القاضي رحمه الله: وليس فيه بيان ولا يتفهم منه هذا القول ولا التفرقة بين العتق والولادة؛ إذ ليس فيه إلا الإشارة إلى اختلاف قوله.

وظاهر ما نص عليه مما سمعه منه من القولين المتقدمين؛ إذ هذا القول الثالث ليس مما سمعه منه[8]، وإنما حدث[9] رأي مالك فيه على ما في كتاب ابن

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 380، و(العلمية): 4/ 202، و(السعادة/ صادر): 14/ 385.

(2) قوله: (عنه) ساقط من (م).

(3) قوله: (أنه) زيادة من (ر2).

(4) في (م): (أن).

(5) قوله: (أبي) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (والمغيرة) ساقط من (م).

(7) في (ر2): (ما).

(8) قوله: (من القولين المتقدمين ... مما سمعه منه) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (أخذت).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

حبيب، آخر أمره بعد فراق ابن القاسم ورجوعه إلى مصر، والله أعلم.

لكن ما[1] في كتاب الاستحقاق يحتمل أكثر مما في كتاب الغصب بعض[2] التأويل، فانظر لفظه في الموضعين، وسنذكرها في الاستحقاق إن شاء الله.

وقوله في آخر باب من [(اغتصب شجرا فأثمرت، أيكون لي ما أنفقت، قال: لا شيء لك فيما أنفقت على النخل، ولا فيما رعيت الغنم ولكن يكون لك ذلك فيما عليك من قيمة الغلة، إلا أن يكون ما أنفق أكثر مما اغتل)][3] إلى آخر المسألة.

كذا في نسخ، وكذا في كتاب ابن المرابط أوقفه من قوله: ولكن إلى ما اغتل، وقال صح ليحيى، وسقط للدباغ.

وفي كتابي: أيكون ما أنفقت في ذلك لي قال: يكون ذلك لك فيما عليك من قيمة الغلة إلى آخر المسألة، وكلاهما بمعنى واحد.

قال ابن خالد: أصلح سحنون المسألة، وفي كتاب ابن عتاب خارجا سحنون.

وقد قيل: لا شيء لك فيما أنفقت على النخل، ولا فيما رعيت الغنم وحوق عليه.

وقال: كذا هو موقوف عند ابن وضاح، وليس عند إسحاق، والزيادة[4]

---

(1) قوله: (ما) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (بعد).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 333 وما بعدها، و(العلمية): 4/ 80، و(السعادة/ صادر): 14/ 355،و(تهذيب البراذعي): 4/ 89.

(4) قوله: (و) زيادة من (م).

ثابتة في كتاب أبي عبد الله بن الشيخ.

وقد اختلف قول ابن القاسم فيما أنفق على النخل والغنم[1].

وقوله في باب مستعير الدابة: [(إذا تعدى عليها مثل الأميال والبريد وأتى بها على حالها، فلا يلزمه قيمتها، إلا أن تعطب فيه، وليس له إلا كراء ما تعدى، إذا أتى بها على حالها، فإن أصابها في ذلك البريد عيب ضمنها.

زاد في بعض الروايات: إذا كان عيباً مفسداً أو إن كان عيباً يسيراً، فأرى ذلك كمن تعدى على بهيمة رجل فضربها أنه إن كان عيباً يسيراً، فما نقص من ثمنها وإن كان مفسدا لزمه قيمتها)][2] إلى آخر المسألة.

وإلى[3] قوله: [(وإنما يضمن ما حدث فيها من عيب)]صحت هذه الزيادة في كثير من الأصول، وسقطت في أخرى، وحوق عليها في بعضها.

وكانت في كتاب ابن عتاب وابن المرابط موقوفة، وكتب عليها: طرحها سحنون، وكتب عليها في كتاب ابن المرابط.

قال الأصيلي: قرأها لنا أبو الحسن؛ يعني الدباغ، وقال: قرأتها على أحمد، وكان بعضها محوقا عليه عند أحمد.

وقال يحيى وابن وضاح: [4] طرحها سحنون.

وقال[5] ابن هلال: قال سحنون: والصواب أنه إذا أصابها عيب في

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5790.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 337، و(العلمية): 4/ 181، و(السعادة/ صادر): 14/ 357.

(3) قوله: (إلى) ساقط من (م).

(4) قوله: (طرحها سحنون، وكتب عليها ... وابن وضاح) ساقط من (م).

(5) قوله: (و) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

التعدي فهو كالغصب، ورب الدابة مخير بخلاف التعدي.

وانظر قوله في المكاري: [(إذا حبسها عن أجلها كان عليه كراء ما حبسها فيه، وإن كان لم يركبها وهي على حالها على حدودها)][1]؛ ظاهره أن عليه كراءها بالغاً ما بلغ لو استعملت فيما يستعمل فيه مثلها، كما قال غيره في الأكرية.

وقيل: بل أنها لم تركب على ما قال هناك هو.

وقوله: [(فجعله[2] مِلاطا[3] لبنياني)][4] - بكسر الميم[5] - أي طينا.

وهذه المسألة ثابتة في أكثر الأصول، وكتب عليها في كتاب ابن المرابط: صحت ليحيى وأحمد.

[(والودي)][6] - بكسر الدال وتشديد الياء - صغار النخل، التي تنقل للغرس.

ومسألة: [(من وهب طعاماً لرجل أو إداماً، فاستحق ذلك منه مستحق، وقد أكله الموهوب له لكان للمستحق طلب الواهب ولا شيء على الموهوب، إلا أن يكون الواهب [195/ أ] عديماً أو لا يقدر عليه، فيطلب الموهوب)][7].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 339، و(العلمية): 4/ 182، و(السعادة/ صادر): 14/ 358، و(تهذيب البراذعي): 4/ 90 و91.

(2) في (ر2): (فجعلته).

(3) قوله: (ملاطا) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 349، و(العلمية): 4/ 187، و(السعادة/ صادر): 14/ 365، و(تهذيب البراذعي): 4/ 95.

(5) في (ر2): (اللام).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 349، و(العلمية): 4/ 187، و(السعادة/ صادر): 14/ 365، و(تهذيب البراذعي): 4/ 96.

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 342، و(العلمية): 4/ 183 و184، و(السعادة/ صادر): 14/ 360، و(تهذيب البراذعي): 4/ 92.

معنى ذلك عندهم أن الواهب غاصب، ولو كان غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب.

وكذلك في المجموعة ولأَشْهَب يتبع أيهما شاء[1]، وستأتي في الاستحقاق مسألة المحاباة والخلاف هل هي كهذه أم لا؟

ومسألة: [(من اغتصب فضة فصاغها دراهم أو حلياً)][2]، سقطت عند ابن أبي سليمان وثبتت لغيره.

وقوله في تقويم الخمر: [(يقومها أهل دينهم)][3].

كذا روايتنا، وكذا عند ابن عتاب وهي رواية ابن باز، وحوق عليها في كتاب ابن المرابط، وقال ضرب عليه عند يحيى، وكذا في أصل الأسدية.

وفي نسخ: يقومها من يعرف القيمة من المسلمين.

وكذا في كتاب ابن سهل[4]، وهي رواية الدباغ، في حاشية ابن المرابط، وعليه اختصر أكثر المختصرين.

قال فضل: وهي روايتنا عن عبد الرحيم.

وقد اختلف فيه قول ابن القاسم، قال أحمد بن خالد: كذا أصلحت وكانت في الأسدية خطأ، والقولان معروفان.

وفيها أقوال أخر معلومة كلها ترجع إلى معنى واحد، إلا ما ههنا.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 414.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 349، و(العلمية): 4/ 187، و(السعادة/ صادر): 14/ 365، و(تهذيب البراذعى): 4/ 95.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 355، و(العلمية) : 4/ 190، و(السعادة/ صادر): 14/ 369، و(تهذيب البراذعي): 4/ 99.

(4) قوله: (وهي رواية ابن باز ... ابن سهل) ساقط من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله في الغاصب: [(ليس له في حفرة حفرها في[1] بئر في الأرض ولا تراب ردم به حفرة في الأرض أو مطامير حفرها)][2].

طرح سحنون قوله **ولا تراب ردم به حفرة في الأرض**، وهو ثابت في أصول شيوخنا، وثبت ليحيى وابن وضاح، وسقط لأبي الحسن الدباغ، قتل ذلك؛ لأن التراب ينتفع به[3].

قال القاضي رحمه الله: وقد يحتمل أن التراب من تراب الأرض، فلا حق له فيه، فتصح المسألة لكن إن كان لرب الحفرة[4] بها منفعة فله إلزام الغاصب إخراج التراب منها وتفريغها، كان له أو لرب الأرض، وله إلزامه إن كان لرب الأرض، ونقله له من موضع منها ألزمه[5] رده إلى موضعه كما له أن يلزمه ردم ما حفر فيه من آبار[6] وحفر إن لم تكن له بها منفعة.

ومسألة الحكم بين أهل الذمة في الربا وقوله: [(والترك أحب إلي)][7].

اختلف في تأويل كلامه، فقيل: الترك أحب إلي من الحكم بينهم في كل شيء.

---

(1) في (م): (أو).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 353، و(العلمية): 4/ 189، و(السعادة/ صادر): 14/ 368، و(تهذيب البراذعي): 4/ 99.

(3) قوله: (حفرة في الأرض ... ينتفع به) ساقط من (م).

(4) في (ر2): (الأرض).

(5) قوله: (ألزمه) زيادة من (م).

(6) في (ر2): (بئر).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 354، و(العلمية): 4/ 189، و(السعادة/ صادر): 14/ 369 و190، و(تهذيب البراذعي): 4/ 99 و100.

وقيل: بل هو إنما يرجع إلى الحكم بينهم في الربا خاصة.

ومعنى قوله: [(إذا تظالموا بينهم في الربا لم أحكم بينهم)][1].

قيل: إذا طلبوا أن يحكم بينهم فيه بغير حكم المسلمين، وأما على حكم المسلمين فلا يكرهه

وقيل: بل كره الحكم بينهم فيه جملة؛ لأن حكم الإسلام في حقهم غير متوجه، إذ ليسوا بمسلمين، كما قال في مسألة الحكم[2] في[3] الطَّلاق بينهم[4] وغيرها والخلاف في تأويل ذلك.

وقوله: [(في غاصب الثوب يصبغه، ربه بالخيار في تضمينه أو دفع قيمة صبغه)][5] ونحوه في اللقطة.

وقال في كتاب السرقة خلافه ولا يكون بالخيار وله قيمته[6].

وقال - هنا[7]- في [(غاصب السويق يلته)][8]، [(والحنطة

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 354، و(العلمية): 4/ 189، و(السعادة/ صادر): 14/ 368، و(تهذيب البراذعي): 4/ 99.

(2) قوله: (في مسألة الحكم) يقابله في (ر2): (الحكم في مسألة).

(3) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 4/ 118، و(العلمية): 2/ 223 و224، و(السعادة/ صادر): 4/ 312، و(تهذيب البراذعي): 2/ 252.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 345، و(العلمية): 4/ 185، و(السعادة/ صادر): 14/ 363، و(تهذيب البراذعي): 4/ 94.

(6) انظر: المدونة (زايد): 11/ 145، و(السعادة/ صادر): 16/ 286.

(7) قوله: (هنا) ساقط من (م).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 345، و(العلمية): 4/ 185، و(السعادة/ صادر): 14/ 363، و(تهذيب البراذعي): 4/ 95.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يطحنها)][1]، عليه مثلها.

وقال [(في غاصب الخشبة يصنعها مصراعين عليه قيمتها)][2].

وفي [(الفضة يصوغها عليه مثلها)][3].

قال ابن لبابة: يجب على قوله في مسألة الثوب يصبغه هنا.

وفي الفضة[4] أن صاحب الخشبة بالخيار، وتعليل ابن القاسم في مسألة الحنطة والفضة، بأني لو أجزت له أخذ[5] ذلك ودفع قيمة[6] العمل، كان من التفاضل في الطعام والفضة ولا يلزم؛ لأن الطعام طعامه والفضة فضته.

وأَشْهَب يقول في مثل هذا: يأخذ شيئه ولا غرم عليه في العمل من طحن وصبغ[7].

قال القاضي رحمه الله: يدل على هذا أنه أصل مختلف فيه، في الكتاب والصحيح تخيير رب المال، إذ لا يمنع أخذ ثمن ماله ولأنه لا يشاء متعد أن يصل إلى غرضه، فيما لم يتمكن من شرائه، بتعديه فيه[8] وتغييره وغرم قيمته

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 345، و(العلمية): 4/ 185، و(السعادة/ صادر): 14/ 363، و(تهذيب البراذعي): 4/ 94.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 348، و(العلمية): 4/ 187، و(السعادة/ صادر): 14/ 365، و(تهذيب البراذعى): 4/ 95.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 349، و(العلمية): 4/ 187، و(السعادة/ صادر): 14/ 365، و(تهذيب البراذعي): 4/ 95.

(4) في (ر2) و(ح): (اللقطة).

(5) في (ر2): (أجرة).

(6) في (ر2) و(ح): (ثمن).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 410.

(8) قوله: (بتعديه فيه) يقابله في (م): (إلا وصل إلى ذلك).

وأخذه بغير اختيار ربه على هذا القول الآخر[1] إلا شاء[2] وهذا أصل أبي حنيفة[3]، ومما أنكر عليه.

وفي آخر مسألة الكتاب [(في مستحق نصف أرض قد عمرها المشتري وبناها)][4].

وقوله: [(ويكون للمشتري النصف الذي اشتراه)][5] إلى آخر المسألة ثبتت في كتاب ابن عتاب.

وقال: لم تكن عند أبي إبراهيم، وتمت المسألة عنده قبل هذا الكلام.

وفي أكثر النسخ وهي ثابتة للدباغ، ساقطة ليحيى، وفيها في بعض النسخ زيادة، قال ابن وضاح: أوقفها سحنون.

تم كتاب الغصب بحمد الله تعالى وحسن عونه، يتلوه الاستحقاق.

---

(1) زاد في (م): (أوجه).

(2) قوله: (إلا شاء) يقابله في (ر2): (الأشياء).

(3) انظر: شرح التلقين، للمازري: 1/ 3/ 143.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 356 و357، و(العلمية): 4/ 190 و191، و(السعادة/ صادر): 14/ 370 وما بعدها، و(تهذيب البراذعي): 4/ 101 و102.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 357، و(العلمية): 4/ 191، و(السعادة/ صادر): 1/ 75، و(تهذيب البراذعى): 4/ 102.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الاستحقاق

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الاستحقاق

[195/ ب] قوله في الوارث: [(إذا حابى في الكراء، ثم قدم له أخ آخر[1] أنه يرجع بتمام الكراء على أخيه، إن كان له مال، فإن لم يكن له مال رجع على المكتري.

وقال غيره: يرجع على المكتري، ولا يرجع على أخيه، وهذا إذا علم بأن له أخاً، فإن لم يعلم فإنما يرجع على المكتري)][2].

ووقع لابن القاسم في كتاب السرقة[3] مثل قول غيره[4] – هنا – واختلف هل قول غيره خلاف لقوله أو وفاق، فذهب أبو محمد إلى الوفاق، وأن جواب ابن القاسم أن أخاه علم، كما قال غيره، واستدل بقوله بعد هذا [(في المكتري يهدم الدار، فيهب له المكري قيمة الهدم، فتستحق إنما يطلب المستحق الجاني، وكذلك في العبد يسرق شيئا[5]، فيفوت[6]، فيهب المسروق منه[7] قيمته للسارق ثم يستحق أنه يطلب السارق ولا يطلب الواهب؛ لأنه إنما فعل ما يجوز له ولم ينتفع ولا باع)][8].

---

(1) قوله: (آخر) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 361 و362، و(العلمية): 4/ 193، و(السعادة/ صادر): 14/ 373، و(تهذيب البراذعي): 4/ 104.

(3) في (ر2): (الشركة).

(4) قوله: (قول غيره) يقابله في (م): (قوله).

(5) قوله: (شيئا) زيادة من (م).

(6) في (ر2): (ويموت).

(7) في (ر2): (ثمنه).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 368 و369، و(العلمية): 4/ 196، و(السعادة/ صادر): 14/ 377، و(تهذيب البراذعي): 4/ 107.

وقال غيره: هو خلاف، سواءً علم أو لم يعلم، عند[1] ابن القاسم؛ لأنه متعد بهبته شيئاً في يده من مال المستحق.

وفي [(مسألة هبة الهادم)][2]، والسارق لم يهبه شيئا حصل[3] في يده[4]، ولا تعدى عليه وهبته له بالحقيقة كهبة الأجنبي لما ليس في يده، ولا يلزمه منه شيء.

ومذهب ابن القاسم في [(الغاصب يهب طعاماً أو إداماً أو ثياباً فيأكله الموهوب أنه إنما يرجع على الواهب إذا كان مليا، فإن كان عديماً، ولم يقدر عليه رجع على الموهوب ثم لا رجوع له على الواهب)][5].

وقال أَشْهَب يتبع أيهما شاء، كما قال في المشتري[6]، وجاءت هذه المسألة في الكتاب[7]، ولم يفسر أن الواهب غاصب، وهو معنى المسألة وعليه اختصرها الناس وحملوها[8].

ولو كان الواهب غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب المنتفع؛ كذا قال في

---

(1) في (ر2): (على قول).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 430، و(العلمية): 4/ 226، و(السعادة/ صادر): 14/ 415، و(تهذيب البراذعي): 4/ 141.

(3) في (م): (جعله).

(4) في (ر2): (يديه).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 342 و343، و(العلمية): 4/ 183 و184، و(السعادة/ صادر): 14/ 360، و(تهذيب البراذعي): 4/ 92.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 413.

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 342 ،343، و(العلمية): 4/ 183 و184، و(السعادة/ صادر): 14/ 360، و(تهذيب البراذعي): 4/ 92.

(8) في (ر2): (ومن حولها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

المجموعة ومنهم من حمل هذا على[1] أنه خلاف لقوله [(في مسألة المحاباة)][2] على من جعل ذلك خلافاً؛ لقول غيره والأشبه وفاق ذلك كله على ما تأوله أبو محمد وتستقيم المسائل كلها على أصل واحد.

وقوله: [(إن كان رجل ورث تلك الأرض، فأتى رجل واستحق الأرض أو أدرك معه فيه شريكا، فإنه يتبع الذي أكراها بالكراء؛ لأنه لم يكن ضامنا)][3].

معنى قوله: أنه استحقها بميراث من الوجه الذي كانت بيد الآخر، إما أن يثبت أنه أقعد منه، وأنه حجبه عنها أو أدرك معه فيها شركاء؛ أي أثبت التوارث[4]، وما بعده يدل عليه قوله[5] في الباب.

وقوله: [(إن كان الذي أكرى الأرض لا يعرف أنه اشتراها، فأكراها وزرعها، فاستحقها رجل في إبان الحرث أنه بمنزلة ما لو اشتراها، حتى يعلم أنه غصبها)][6].

قيل: معناه أن مكتريها ممن كانت بيده، بوجه[7] يجهل زارع

---

(1) قوله: (على) زيادة من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 361، 362، و(العلمية): 4/ 193، و(السعادة/ صادر): 14/ 373، و(تهذيب البراذعي): 4/ 104 و105.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 361، و(السعادة/ صادر): 14/ 373، و(العلمية): 4/ 192، و(تهذيب البراذعي): 4/ 104.

(4) في (ر2): (أنه وارث).

(5) قوله: (قوله) ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 364، و(العلمية): 4/ 194، و(السعادة/ صادر): 14/ 374 و375، و(تهذيب البراذعي): 4/ 104.

(7) قوله: (بوجه) يقابله في (م) و(ح): (من وجه).

بشبهة[1] لا يقلع زرعه حتى يعلم أن مكريها غاصب، وأما المكري فمحمول على التعدي فيما يدعي وينتزع منه ما أكراها به حتى تثبت[2] له شبهة ملك من شراء أو غيره.

وقد قيل: إن مجرد الدعوى بالملك والاختلاف شبهة ملك.

وقوله أول الباب، في مستحق الأرض من المكتري: [(ليس له أن يقلع هذا الزرع، إذا كان الذي أكراه الأرض لم يكن غصبها والمكتري لا يعلم بالغصب؛ لأنه زرعها بأمر كان يجوز له ولم يكن متعديا)][3].

قيل: هذا كلام فيه لبس، وقد ضرب في كتاب[4] ابن عتاب[5] على قوله: والمكتري لا يعلم بالغصب.

وقال: لا معنى له، وهو ثابت عند ابن سهل، وفي نسخ، ووافقه في كتاب ابن المرابط.

وقال الإبياني[6]: ولا[7] يحتاج إلى إثباته في فقه هذه المسألة، وإنما المحتاج إليه جهالة المكتري أو علمه؛ لأن المكتري إذا كان عالماً بالغصب، فله في نفسه حكم الغاصب، ولكن قد تستقيم هذه الزيادة بمعنى أن مكري الأرض ليس

---

(1) في (ر2): (شبهه).

(2) في (ر2): (يثبت).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 363، و(العلمية): 4/ 193، و(السعادة/ صادر): 14/ 374، و(تهذيب البراذعي): 4/ 104

(4) في (م): (الكتاب).

(5) قوله: (ابن عتاب) ساقط من (م).

(6) في (م): (الأبياتي).

(7) قوله: (و) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بغاصب يعلم المكتري بغصبه؛ إذ لو كان غاصباً ولا علم عند المكتري لم يكن المكتري متعديا؛ لقوله: **والمكتري لا يعلم بالغصب**؛ يريد: ولو علم[1] كان المكري غاصباً.

وقوله: [(إن اكتريت أرضاً بعبد أو ثوب، فاستحق، إن كان استحقاقه قبل أن يزرع الأرض أو يحرثها أو يكون عمل فيها عملاً، انفسخ الكراء، وإن كان بعدما أحدث فيها عملاً أو زرعها، فعليه مثل كراء تلك الأرض)][2].

وهو بين أن نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت وللمكري كراء المثل، كما لو زرعت ولا يختلف أن ذلك كله فوت بين المكري والمكتري.

وإن أجاز مستحق الثوب الكراء وسلم الثوب كان أحق بتلك الأرض ما لم تقلب وتحرث؛ لأنها ثمن ثوبه، وكذلك لو كانت زرعت، جاز وكان له كراء المثل الذي استوجبه ربها قبل المكتري.

واختلف إذا حرث المكتري ولم يزرع، هل هو فوت بين المستحق والمكتري، كما لو زرع أو ليس بفوت وله الإجارة وأخذ الأرض بعد أن يدفع [196/ أ] قيمة الحرث؟[3]

وقوله في الباب في الطعام: [(لو أصابه أمر من الله تعالى: نار أو سارق أو سيل، نقض البيع)][4].

---

(1) قوله: (علم) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 366، و(العلمية): 4/ 195، و(السعادة/ صادر): 14/ 375 و376، و(تهذيب البراذعي): 4/ 106

(3) في (ر2): (الأرض).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 367، و(العلمية): 4/ 195، و(السعادة/ صادر): 14/ 376، =

معناه: أن السارق لم يوجد، ولو وجد لغرم القيمة إن لم تعرف المكيلة - كما قال سحنون - وهي في السلم الثالث في تعدي الأجنبي ببينة[1].

وقوله: [(في مكتري الدار يهدمها، ثم تستحق: يرجع على المكتري بقيمة الهدم)][2].

قيل[3]: معناه[4] بما بينها بقعة[5] وما بينها من القيمة بذلك البناء فيغرمه.

وقيل: قيمة ما أفسد من البناء، وعند ابن حبيب: يضمن له ما أنفق من البناء.

وقيل: يأخذ النقض من[6] مستحقه ثم يغرم له ما أفسد من الهدم.

وقوله في مكتري الأرض تستحق فيجيز[7] المستحق الكراء أنه يمضي [(ولم يكن للمتكاري أن يترك الكراء، ويقول: إنما كانت عهدتي على الأول، فلا أرضى أن تكون عهدتي عليك أيها المستحق)][8].

=

و(تهذيب البراذعي): 4/ 106.

(1) انظر: المدونة (زايد): 6/ 394، و(العلمية): 3/ 140، و(السعادة/ صادر): 9/ 95، و(تهذيب البراذعي): 3/ 74.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 368، و(العلمية): 4/ 196، و(السعادة/ صادر): 14/ 377، و(تهذيب البراذعي): 4/ 107.

(3) قوله: (قيل) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (معناه) زيادة من (م).

(5) قوله: (بينها بقعة) يقابله في (ر2): (بينهما نفقة).

(6) قوله: (من) ساقط من (م).

(7) في (م) و(ح): (فيحيز).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 367، و(العلمية): 4/ 195، و(السعادة/ صادر): 14/ 376، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله بعد ذلك: [(ولا ضرر عليك في عهدتك)][1]؛ هذا كلام غير محصل، وقد تكلم عليه سحنون، وقال: ليس بصواب، ولو رضي بذلك لما كانت عهدته عليه؛ لأن العهدة[2] لا تنتقل، كما لو باعه الغاصب فاستحقه[3] سيده من يده[4]، فالعهدة على الغاصب لا تنتقل عنه، قاله مالك.

ومعنى المسألة في الكتاب - هنا - في تجويزه الكراء بعد سكناه ستة أشهر أن الشهور معتدلة لا يختلف كراؤها في السنة، ولو كانت تختلف لم يجز، حتى يعلم المستحق ما يجب لما مضى وما بقي.

وقوله في مستحق البيت من الدار، تقدم منها في النكاح[5]، ولكن قوله - هنا - [(يكون داراً فيها من البيوت[6] بيوت كثيرة ومساكن رجال، فلا يضرها ذلك)][7] يبين معنى المسألة، وأنه أشار إلى مثل الفنادق ودور الخراج التي لا ينفرد الرجل بسكناها وحده، ويوافق ما فسرها به سحنون من أن الدار الكبيرة ذات المساكن إذا استحق منها شيء، وكان الذي اشتراها لا يمكن أن يسكن معه أحد فيها؛ لكثرة عياله، فله ردها كلها، وإن كانت مثل الفنادق =

و(تهذيب البراذعي): 4/ 107.

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 367 و368، و(العلمية): 4/ 195، و(السعادة/ صادر): 14/ 376، و(تهذيب البراذعي): 4/ 107.

(2) في (ر2): (عهدة).

(3) في (م) و(ح): (فاستحق).

(4) قوله: (من يده) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة (زايد): 3/ 395، و(العلمية): 2/ 158، و(السعادة/ صادر): 4/ 231.

(6) قوله: (من البيوت) ساقط من (م).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 369، و(العلمية): 4/ 196، و(السعادة/ صادر): 14/ 378، و(تهذيب البراذعي): 4/ 107 و108.

فليس له ذلك، إذا كان المستحق منها يسيراً[1]، ونحوه في سماع عيسى عن ابن القاسم لمالك في مراعاة الضرر، وإن كان المستحق العشر.

وقوله في المسألة: [(فإن كان الذي استحق منها نصفها أو جلها أو أقل من النصف مما يكون ضرراً بالمشتري، خير المشتري، فإن أراد أن يردها وإن أراد أن يتماسك بما لم يستحق منها[2] على قدره من الثمن)][3].

ظاهره أن الاستحقاق على غير الأجزاء؛ لأنه إنما تكلم أول المسألة على ذلك.

فإن كان كلامه على الأجزاء فعلى أصله المعلوم؛ لأنه إن أجاز[4] بثمن معلوم وهو ما يقع على الجزء وإن كان على ظاهره وكلامه على البيت والنخلات المعينات، فهو خلاف ما عرف من مذهبه؛ لأنه يجيزها بما يقع عليها من الثمن، وهو مجهول لا يجوز ابتداء حتى يعرف ذلك، هو موافق لما قاله بعد في مسألة العبد في كتاب الشفعة[5] والقسمة[6] وثاني كتاب النكاح[7]، وهو

---

(1) انظر: النوادر والزيادات :10/ 424 .

(2) في (ر2): (منه).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 369 و370، و(العلمية): 4/ 196، و(السعادة/ صادر): 14/ 378، و(تهذيب البراذعي): 4/ 108.

(4) قوله: (لأنه إن أجاز) يقابله في (م): (فإن أجازه).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 459، و(العلمية): 4/ 242، و(السعادة/ صادر): 14/ 434، و(تهذيب البراذعي): 4/ 156.

(6) انظر: المدونة (زايد): 10/ 70، و(العلمية): 4/ 298، و(السعادة/ صادر): 14/ 503.

(7) انظر: المدونة (زايد): 3/ 395، و(العلمية): 2/ 158، و(السعادة/ صادر): 4/ 231، و(تهذيب البراذعي): 2/ 195.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قول ابن حبيب أن[1] ذلك جائز، خلاف ما في كتاب العيوب[2]، وماله - هنا- بعد[3] في مسألة[4] [(السلع الكثيرة إذا استحق عيونها[5] أو وجد بها عيباً فرضي البائع والمبتاع أن يسلما ما ليس فيه عيب، بما يصيبه من الثمن لم يحل ذلك لواحد منهما، وكان ذلك مكروهاً؛ لأن الصفقة قد وجب ردها، فكأنه[6] باعها بثمن لا يدري ما يبلغ أثمانهم في الجملة)][7].

وقد أشار بعضهم إلى[8] أن مذهبه في كتاب الاستحقاق التفريق بين السلع والرباع.

وقول ابن القاسم: وكان[9] الذي يجب به الرد[10] أقل من النصف مما هو ضرر، قد جعل الثلث في كتاب القسم من الكثير الذي يجب به الرد، وهو دليل قوله - هنا - آخر المسألة: [(وإن كان استحق الثلث فله ذلك - وقول ابن القاسم - وأرى الدار إذا تكاراها رجل فاستحق منها شيء مثل قول مالك في البيوع.

---

(1) في (م): (إن).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 477، و(العلمية): 4/ 251، و(السعادة/ صادر): 14/ 446.

(3) قوله: (بعد) ساقط من (م).

(4) قوله: (مسألة) ساقط من (م).

(5) في (ر2): (عيوبها).

(6) في (ر2): (فكأنها).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 382، و(العلمية): 4/ 203، و(السعادة/ صادر): 14/ 386، و(تهذيب البراذعي): 4/ 114 و115.

(8) قوله: (إلى) زيادة من (م).

(9) في (م): (إن كان).

(10) قوله: (الذي يجب به الرد) زيادة من (ر2).

وقال غيره: لا يشبه الكراء البيوع في مثل هذا، إذا كان الذي استحق النصف أو الجل لم يكن للمكتري أن يتماسك بما بقي؛ لأن ما بقي مجهول)][1] يشعر أن كلام مالك وابن القاسم في ما تقدم أنه فيما استحق من الكثير على الجزء وإن كان في المعين لم يفرق غيره بين ذلك، واتفقا ولكن[2] علة الجهالة في ذلك كله واحدة.

واعلم أن ابن القاسم لا يخالف غيره على مشهور قوله، إذا نزلت المسألة في الكراء أنه[3] إن كان قبل السكنى والاستحقاق على الجزء أن للمستحق[4] إجازة البيع[5] فيما بقي، اختلفت شهور السنة أو اتفقت.

وكذلك إن كانت شهور السنة متفقة، فجائز على قوليهما أيضا، سكن أو لم يسكن فإن كان قد سكن، والشهور مختلفة وعلم ما يقع لما مضى وما بقي من الكراء، جاز - أيضاً - على قوليهما؛ لانتفاء علة الجهالة، [196/ ب] والغرر من هذه الوجوه، فإن لم يعلم ذلك وجهلاه لم يجز ابتداء على قوليهما.

واختلف إذا وقع هل يمضي أم لا؟ على ما تقدم من اختلاف قول ابن القاسم وغيره.

وقوله: [(فيمن ورث داراً أو غلماناً إن علم أن الواهب لها لأبيه غاصب

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 370، و(العلمية): 4/ 197، و(السعادة/ صادر): 14/ 378، و(تهذيب البراذعي): 4/ 108.

(2) في (ر2): (ولكانت).

(3) قوله: (أنه) ساقط من (م).

(4) في (ر2) و(ح): (للمشتري).

(5) في (م): (الكراء).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

لهذه الأشياء من المستحقين فجميع الغلة والكراء للمستحق)][1].

هذا خلاف ما له في كتاب الغصب أنه لا غرم على الغاصب لغلة الحيوان من عبد أو[2] دابة[3].

ومثل ما تقدم له في الباب - هنا أيضاً - من قوله: [(ألا ترى لو أن الغاصب نفسه[4] اغتل هذا العبد كان لزاماً[5] له أن يرد الغلة فيه[6])][7].

وفي كتاب الجعل مثله في الدابة.

وقوله: [(فيمن ابتاع قمحاً أو ثياباً أو ماشيةً، فأكل القمح ولبس الثياب فأبلاها، وذبح الماشية فأكلها، ثم استحقت أنه يغرم ثمن ذلك كله[8])][9].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 371، و(العلمية): 4/ 197، و(السعادة/ صادر): 14/ 378، و(تهذيب البراذعي): 4/ 109، وتمام المسألة: (قلت: فإن كانت الدار والغلمان إنما وهبوا لأبيه ثم يتاعهم أبوه، فورثهم عن أبيه ثم استحق جميع ذلك رجل أتكون عليه غلة الغلمان والكراء فيما مضى من يوم وهبوا لأبيه إلى يوم استحقه المستحق له؟ قال: إن علم أن الواهب لأبيه هو غصب هذه الأشياء من هؤلاء الذي استحقوا هذه الدار هذه الغلة وهؤلاء الغلمان أو غصب هذه الأشياء من رجل هذا المستحق وارثه، فجميع هذه الغلة والكراء للمستحق).

(2) في (ر2): (و).

(3) انظر: انظر: المدونة (زايد): 9/ 335، و(العلمية): 4/ 180، و(السعادة/ صادر): 14/ 356.

(4) قوله: (نفسه) ساقط من (ر2).

(5) في (ر2): (لازما).

(6) قوله: (فيه) زيادة من (ر2).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 372، و(العلمية): 4/ 198، و(السعادة/ صادر): 14/ 379، و(تهذيب البراذعي): 4/ 109.

(8) قوله: (كله) ساقط من (ر2).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 372، و(العلمية): 4/ 198، و(السعادة/ صادر): 14/ 379، و(تهذيب البراذعي): 4/ 110.

كذا في الأمهات، ومعناه ثمن ما جهلت مكيلته مما يكال أو عبر بالثمن عن القيمة لما كانت الأشياء التي ذكر غير القمح ترجع إلى القيمة، وإلا فما عرف كيله فعليه مثله.

وقوله في: [(العبد ينزل بلداً من البلدان يدعي الحرية، فاستحقه سيده أنه يأخذ جميع ماله الذي وهبه، وإن كان أكله الموهوب له أو باعه، فأكل ثمنه، غرمه، إلا أن يكون تلف بيد الموهوب له من غير فعله، قد علم ذلك، فلا شيء عليه)][1].

قال القاضي رحمه الله: قوله: **قد علم ذلك** يظهر أن معناه يثبت، وهذا لا يلزم؛ لأنه ليس بضامن[2]، والقول قوله مع يمينه لقد تلف.

وكذلك[3] قال سحنون **علم ذلك** حرف سوء، ولعل معنى **علم ذلك**: أي لم يظهر كذبه أو كان مما لا يخفى هلاكه أو سمع، وإن لم يثبت كما قال في الحيوان: إن[4] ذلك لا يخفى.

وقوله: [(إنما جعلت الغلة للمشتري، بالثمن الذي أدى في ذلك، فطابت له الغلة بما أدى فيها، والموهوب له[5] لا تطيب له الغلة؛ لأنه لم يؤد في ذلك ثمنا إذا لم يكن للغاصب مال)][6].

قال بعض الشيوخ: انظر هل في هذا دليل على طيب الربح للغاصب إذا

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 373، و(العلمية): 4/ 198، و(السعادة/ صادر): 14/ 380، و(تهذيب البراذعي): 4/ 110.

(2) في (ر2): (بظاهر).

(3) في (ر2): (ولذلك).

(4) قوله: (إن) زيادة من (م).

(5) قوله: (له) ساقط من (ر2).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 374 و375، و(العلمية): 4/ 199، و(السعادة/ صادر): 14/ 381، و(تهذيب البراذعي): 4/ 111.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

صرف المال على ربه، كما قال ابن الماجشون في أحكام ابن حبيب.

وقول أَشْهَب في المجموعة: الصدقة بالفضل أحب إلي من غير إيجاب[1].

ومسألة الجارية تستحق وقد أولدها مشتريها [(فقطع رجل يد الولد خطأ، وقيمته أكثر من ألف دينار[2] فأخذ الأب دية ولده.

قال: يغرم الوالد قيمة الولد لقطع اليد يوم يحكم فيه، ويقال: ما قيمته صحيحاً[3] وقيمته أقطع اليد يوم جنى عليه، فينظر كم بينهما.

فإن كان بين ذلك قدر ما أخذ الأب من دية اليد[4] غرمها، فإن كان أقل غرم ذلك وكان الفضل للأب، وإن كان أكثر لم يكن على الأب إلا ما أخذ)][5].

واختصار هذا أن على الأب قيمته مقطوع اليد يوم الحكم أو الأقل مما أخذ من دية يده أو مما نقصه القطع من قيمته يوم الجناية، وبيانه أنه يقوم ثلاثة تقويمات: قيمته يوم القطع، وقيمته يوم القيام من يوم القطع في الجناية[6] سليماً، وقيمته حينئذ أقطع فيضاف ما بين القيمتين إلى قيمة[7] اليوم أقطع، فيأخذها السيد، إلا أن يكون ما بين القيمتين أكثر من دية اليد التي أخذ الأب،

---

(1) انظر:النوادروالزيادات :10/ 374 .

(2) في (ر2): (درهم).

(3) قوله: (ما قيمته صحيحا) يقابله في (ر2): (بين قيمته صحيح).

(4) في (ر2): (الأب).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 377، و(العلمية): 4/ 200، 201، و(السعادة/ صادر): 14/ 383، و(تهذيب البراذعي): 4/ 113.

(6) قوله: (وبيانه أنه يقوم ثلاثة تقويمات ... القطع في الجناية) ساقط من (م).

(7) في (ر2): (قيمته).

فلا يزاد عليها.

ولو كان القطع يوم الاستحقاق أو لم تختلف القيمة[1] من يوم القطع إلى يوم الاستحقاق والحكم لقيل له: ادفع الأقل من قيمته سليماً الآن قبل قطعه ومن قيمته مقطوعاً مع ما أخذت من ديته، ولا يحتاج - هنا - إلا[2] إلى قيمتين سليماً ومقطوعاً.

فإن كانت قيمته سليماً أقل لم يلزمه سواها، وكان ما فضل من الدية للأب أو للابن على ما نذكره[3] بعد، وإن كانت القيمة أكثر من ذلك كله لم يلزمه إلا قيمته مقطوعاً وديته.

وقوله: **وكان الفضل للأب**؛ طرح أبو محمد هذا من اختصاره، وأثبته غيره، وهو ثابت في الأصول.

قال ابن عبدوس: نحى سحنون إلى أن ما فضل للابن، وقاله أبو[4] محمد[5]، وتأول بعضهم معنى قوله: **وكان الفضل للأب**؛ أي النظر فيه لولده؛ لأنه صغير تحت نظره؛ لأنه[6] ملك الأب[7]، إذ هو أرش الجناية على الولد، فبأي شيء يأخذها الأب، واستدل على هذا بقوله أول المسألة: إذا قطعت يد الولد يأخذ الأب نصف دية ولده، فدل أنه إنما قبض دية ولده لصغره وإلا

---

(1) في (ر2): (القيم).

(2) قوله: (إلا) ساقط من (ر2).

(3) في (ر2): (يذكره).

(4) قوله: (أبو) زيادة من (م).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 396.

(6) في (ر2) و(ح): (لأنه).

(7) في (م): (للأب).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

فَلِمَ[1] يقبضها له.

ولسحنون - أيضاً - قول آخر: أن الدية كلها للابن، وعلى الأب غرم ديتها من ماله ما لم تجاوز ما أخذ فيها، ثم توقف في المسألة وهو - أيضاً - قول فيه اضطراب؛ لأنه إن قال: إن القيمة في جميعه كانت لازمة للأب[2]، فيبقى أرش اليد للولد، فلم قال: لا يلزمه ما زاد على ما أخذ في اليد؟

وقال ابن وضاح: أنكر سحنون أن يكون على [197/ أ] الوالد من قيمة يد[3] ولده شيء، وقال: إنما تكون الدية للابن وإنما على الأب قيمته أقطع، وقاله أَشْهَب، فهذا قول ثالث لسحنون.

وقوله في الكتاب: [(لو قتل فإنما عليه الأقل من الدية التي أخذ أو القيمة واتفاقهم عليه يرد هذا كله)][4].

فإن قيل: فإن الدية - ههنا - للأب بكل حال بموت[5] الولد، قبل ذلك بالوراثة عن الولد كما لو مات بعد قطع يده، لصارت دية الولد[6] على كل قول للأب بالوراثة، فلا فرق ومسألة أم الولد المستحقة وذكر - هنا - اختلاف قول[7] مالك فيها.

---

(1) قوله: (وإلا فلم) يقابله في (ر2): (والأب لم).

(2) في (ر2): (للولد).

(3) قوله: (يد) زيادة من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 377، و(العلمية): 4/ 200، (السعادة/ صادر): 14/ 383، و(تهذيب البراذعي):4/ 113

(5) في (م) و(ح): (يموت).

(6) في (ر2): (اليد).

(7) قوله: (وذكر هنا اختلاف قول) يقابله في (ر2): (وذكره هنا اختلاف قولي).

قال ابن لبابة وغيره: دليل الكتاب - هنا - ومفهومه الأقوال الثلاثة المروية عن مالك: أخذها[1] وقيمة ولدها، وأخذ قيمتها معا، وهذان بينان في الكتاب، وأخذ قيمتها فقط الذي أفتى به مالك أخيراً.

وذكره ابن حبيب ومحمد[2]، وهو قول أكثر المدنيين من أصحاب مالك: ابن كنانة وابن نافع والمخزومي وابن دينار- وهو محتمل في الكتاب - لا سيما في بعض الروايات - وذلك أنه قال: [(يأخذها وقيمة الولد من والدهم وهو الذي أخذ به ابن القاسم.

قال: وعليه جماعة الناس، ثم قال: وقد كان مالك مرة يقوله، ثم رجع عن ذلك، فقال: يأخذ قيمة الجارية؛ لأن في ذلك ضرراً على المشتري)][3].

وفي قوله الآخر أنه إن أخذ قيمتها، فإنه يأخذ قيمة ولدها معها أيضاً[4]، فهذان قولان عندهم غير الأول وإن قوله: **يأخذ قيمة الجارية**؛ معناه فقط ثم رجع إلى القول الآخر.

وأكثرهم إنما[5] حمل الكلام آخراً قولاً واحداً وأن قوله: **يأخذ قيمة الجارية** هو القول الآخر عند ابن القاسم الذي فسره وتممه بعد ذلك[6] بقوله:

---

(1) في (ر2): (أدخلها).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 3/ 262.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 378، ونصها: (ضررا على المستكرى)، و(السعادة/ صادر): 14/ 383، ونصها: (ضررا على المستكرى)، و(العلمية): 4/ 201، و(تهذيب البراذعي): 4/ 111 و112.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 378، و(العلمية): 4/ 201، و(السعادة/ صادر): 14/ 384، و(تهذيب البراذعي): 4/ 112.

(5) قوله: (إنما) زيادة من (ر2).

(6) قوله: (ذلك) زيادة من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

[(ثم قال في قوله الآخر؛ يريد هذا الذي ذكر أنه يأخذ معها قيمة ولدها)][1]، فإنما فرق بينه وبين الأول في أخذ عينها أو قيمتها ويصحح[2] هذا الظاهر أن في بعض الروايات، وفي قوله هذا الأخير أنه يأخذ قيمة ولدها.

وبهذا اللفظ اختصرها ابن أبي زمنين وابن لبابة[3] لبيانه.

وتأمل اختصار أبي محمد للمسألة فكأنه التفت إلى إشكاله واحتماله - هنا - فقال: ثم رجع، فقال: يأخذ قيمتها.

قال في كتاب القسم: [(وقيمة ولدها)][4]؛ كذا اختصرها، فتأمل كمالها في كتاب القسم لتجعله شارحاً لهذا الاحتمال لمجيء الولد - هنا - بعد اللفظ المتكرر، والله أعلم.

وقد جاء بعد هذا في قوله: [(إن اشتريت عبداً فأعتقته أو أمة في سوق المسلمين فاتخذتها أم ولد، ثم قال آخر المسألة: وأما الجارية إذا حملت فعلى سيدها الذي حملت منه قيمتها للذي استحقها)][5].

قال أبو عِمرَان: يستخرج منه مثل ما ذكر ابن حبيب؛ لأنه لم يذكر للولد قيمة، وقد يحتمل أنه لا ولد لها وفيها إشكال.

ووقع في بعض النسخ بعد القول الأول ثم قال: [(وقد كان مالك مرة

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 378، و(العلمية): 4/ 201، و(السعادة/ صادر): 14/ 384، و(تهذيب البراذعي): 4/ 112.

(2) قوله: (ويصحح) يقابله في (م) و(ح): (أو تصحيح).

(3) قوله: (وابن لبابة) ساقط من (ر2).

(4) انظر: المدونة (زايد): 10/ 80، و(العلمية): 4/ 303، و(السعادة/ صادر): 14/ 510.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 379 و380، و(العلمية): 4/ 202، و(السعادة/ صادر): 14/ 384 و385، و(تهذيب البراذعي): 4/ 114.

يقوله، ثم رجع عنه، فقال: يأخذ قيمة الجارية)][1]؛ لأن في ذلك ضرراً على المشتري؛ لأنها إذا ولدت كان ذلك عاراً على سيدها الذي ولدت منه، وعلى ولدها[2]، وهذا[3] الذي استحقها إذا أعطى قيمتها فقد أعطى حقه.

فإن أبى فهذا من الضرر، ويمنع من ذلك، وتمت المسألة في هذه الرواية، ولم يذكر ما بعدها مما فيه قيمة الولد وسقط ذلك مع مسألة الرجوع بقيمة الولد على البائع إلى مسألة الغاصب.

وهذا الكلام الذي زاد في هذه الرواية صحيح في كتاب القسم[4]، فانظره هناك.

وكذا ثبتت[5] في كتاب أبي عبد الله بن الشيخ، وروايته عن وهب، عن ابن وضاح، وهو مما يقوي تأويل ابن لبابة المتقدم.

قال ابن أبي زمنين: وفي بعض الروايات إلا أن يكون في ذلك ضرر على سيدها فترد إليه، وروايتنا عن شيوخنا والذي في أصولهم ما تقدم ولا ضرر على المشتري.

قال ابن أبي زمنين: وهو أصح وأقرب إلى ما ذهب إليه مالك في هذا الأصل.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 380، و(العلمية): 4/ 202، و(السعادة/ صادر): 14/ 385.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 378، و(السعادة/ صادر): 14/ 383 و384 ولفظهما: (لأن في ذلك ضررا على المستكرى)، و(العلمية): 4/ 202، و(تهذيب البراذعي): 4/ 4/ 112.

(3) في (ر2): (وهو).

(4) انظر: المدونة (زايد): 10/ 80، و(العلمية): 4/ 303، و(السعادة/ صادر): 14/ 510.

(5) في (ر2): (ثبت).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال القاضي رحمه الله: وليس في هذه الرواية بعد عن أصل مالك، مثل ألا أن يكون على الأب في ذلك كبير عار لموت الولد أو لكونه من غير ذوي الأقدار، ويكون مستحقها له بها تعلق وتكلف[1] فيغلب - هنا - ضرره؛ إذ هو المالك على ضرر من ليس بمالك، وقد اعتمد على هذا بعض شيوخنا.

قال أبو عِمرَان: أو يكون المستحق منه عديما بالقيمة.

فإن حكمنا بها لربها، ولم يأخذ منه شيئاً أضررنا به - وأيضاً - فيكون سيدها - في هذه الرواية - هو الأب لا المستحق، كما فسره في رواية ابن الشيخ، والله أعلم.

وقوله: في حديث [197/ ب] يحيى بن سعيد: [(لو أخذ السارق كان أهلا للعقوبة والغرامة الموجعة)][2].

سقط لفظ **الغرامة** عند ابن عتاب، وكثير من النسخ، وثبتت في كتاب ابن المرابط وغيره، وعلى هذا[3] الخلاف في المعاقبة في الأموال[4]، ويحتمل أن مراده بالغرامة أخذ القيمة منه، والله أعلم[5].

وقوله: [(ولا في الرقيق قطع)][6] خلاف، فإنه قد قال في كتاب السرقة من المدونة والموطأ إن كان أعجمياً قطع من سرقه[7] إذا أخرجه من حرزه؛

---

(1) في (ر2): (وكلف).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 381، و(العلمية): 4/ 203، و(السعادة/ صادر): 14/ 386.

(3) قوله: (وعلى هذا) يقابله في (ر2): (وهذا على).

(4) قوله: (في الأموال) يقابله في (م): (بالمال).

(5) قوله: (والله أعلم) ساقط من (ر2).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 381، و(العلمية): 4/ 203، و(السعادة/ صادر): 14/ 386.

(7) انظر: المدونة (زايد): 11/ 137، و(العلمية): 4/ 538، و(السعادة/ صادر): 16/ 281، و(تهذيب البراذعي): 4/ 440، والموطأ: 2/ 836.

معناه لا يفقه ما يراد به.

ومسألة: [(الذي كان[1] له على رجل ألف، فحط عنه خمس مائة على أن أخذ منه عبده ميموناً بخمس مائة، فاستحق العبد أنه يرجع عليه بالألف)][2].

قال أبو عِمرَان: فيه دليل على أن الغبن الكثير جائز، وإن زاد على الثلث خلاف ما ذهب إليه البغداديون، ووفاق لما في كتاب ابن حبيب.

يستدل على ذلك بمسألة الوكيل [(إذا باع ما وكل على بيعه بما لا يتغابن الناس في مثله[3] وفات[4] أنه ماض ويضمن الوكيل)][5].

قال أبو عِمرَان: فهذا كله دليل على جواز الغبن.

قال القاضي رحمه الله: ليس في هذا ما يدل أنه أكثر من الثلث ومسألة الألف - أيضاً - ليس فيها دليل[6] في الغبن، ولعل في قيمة العبد الألف أو ما يقرب منه[7].

وقوله: [(في السلع الكثيرة يوجد في عيونها العيوب أو تستحق فيرضى[8] المبتاع والبائع أن يسلما ما ليس فيه عيب بما يصيبه من الثمن من جملة الثمن لم يحل

---

(1) قوله: (كان) زيادة من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 386، و(العلمية): 4/ 205، و(السعادة/ صادر): 14/ 389، و(تهذيب البراذعي): 4/ 116.

(3) قوله: (في مثله) يقابله في (ر2): (فيه).

(4) في (م): (ومات).

(5) انظر: المدونة (زايد): 7/ 214، و(العلمية): 3/ 273، و(السعادة/ صادر): 10/ 245، و(تهذيب البراذعي): 3/ 215.

(6) في (ر2): (بيانا).

(7) في (م): (منها).

(8) في (ر2): (فرضي).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ذلك - إلى قوله - فكأنه باعهم بثمن لا يدري ما تبلغ أثمانهم من الجملة)][1].

تقدم الكلام فيها، وتأمل لو علم ما ينوبها من الثمن، فأراد التزام ما بقي بذلك أن ذلك[2] لا يجوز إلا برضى البائع؛ إذ هو بيع مبتدأ، ألا تراه قال: وكأنه باعهم.

وقال في أول المسألة: ولو رضي البائع والمبتاع، فدل أن ذلك إنما يجوز بعد معرفة الثمن الذي تراضيا عليه ورضاهما معا بذلك.

وقوله: [(في الذي يبتاع عبدا ثم يطلع على عيب فيصالحه على عبد آخر ثم يوجد بأحدهما عيب، سبيلهما سبيل ما ابتيع[3] في صفقة واحدة)][4]، ينظر إلى الأكثر في الصفقة.

قيل: إنما ينظر إلى قيمتهما جميعاً يوم الصلح؛ لأنه يوم تمام القبض فيهما، ولا يفترق النظر فيهما قاله أبو عِمرَان.

وقيل: بل ينظر إلى الأول يوم بيعه وللثاني يوم الصلح، وإليه ذهب غيره، وتقدم الكلام في [(مسألة الخلخالين)][5] في الصرف.

ومسألة: [(سلم الثوبين في فرس يستحق أحدهما، إن كان الثوبان وجه

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 382، و(العلمية): 4/ 203، و(السعادة/ صادر): 14/ 386، و(تهذيب البراذعي): 4/ 114 و115.

(2) قوله: (أن ذلك) يقابله في (م): (فلذلك).

(3) في (م) و(ح): (اتبع).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 387، و(العلمية): 4/ 206، و(السعادة/ صادر): 14/ 389 و390، و(تهذيب البراذعي): 4/ 116 و117.

(5) انظر: المدونة (زايد): 6/ 230، و(العلمية): 3/ 44، و(السعادة/ صادر): 3/ 438، و(تهذيب البراذعي): 3/ 127.

الصفقة انتقض[1] السلم)][2].

كذا روايتنا في[3] كثير من النسخ، وفي بعضها [(إن كان الثوبان متكافئين[4] أو وجه الصفقة انتقض[5] السلم)][6].

حوق على قوله: متكافئين في كتاب ابن عتاب، وعلى إسقاطه اختصر المسألة أكثر المختصرين.

ولم يكن في كتاب ابن المرابط، وعلى الرواية الأخرى يكون خلاف ما له في كتاب العيوب وأنه لا ينتقض[7].

وقوله: [(وإن[8] كان تافها ليس من أجله اشترى كان عليه قيمة ما استحق وثبت السلم)][9].

اختلف في تأويل ذلك، فحمله كثير من المختصرين والشارحين على قيمة ذلك المستحق من الثوبين.

---

(1) في (ر2) و(ح): (انتفض).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 397 ، و(العلمية): 4/ 211، و(السعادة/ صادر): 14/ 396، و(تهذيب البراذعي):4/ 122.

(3) في (ر2): (وفي).

(4) في (ر2): (متكافآن).

(5) في (ر2) و(ح): (انتفض).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 397 ، و(العلمية): 4/ 211، و(السعادة/ صادر): 14/ 396 ، و(تهذيب البراذعي):4/ 122.

(7) في (ر2) و(ح): (ينتفض).

(8) في (ر2): (إن).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 397، و(العلمية): 4/ 211، و(السعادة/ صادر): 14/ 396، و(تهذيب البراذعي): 4/ 122.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وحمله آخرون على أن معناه حصة ذلك من قيمة الفرس إلى أجله، وهو مذهب محمد بن المَوَّاز، وفي سماع عيسى نحوه.

قال: يرجع بقيمة الدابة، ولا يكون معه شريكا فيها[1]، وحمله حمديس أنه ينتقض من السلم بقدر ما استحق، فيكون بذلك في الفرس ربه[2] شريكاً، وإليه ذهب سحنون[3].

وقال بعضهم: هذا على قول أَشْهَب لا على قول ابن القاسم الذي يراعي ضرر الشركة[4].

ثم اختلف في صفة التقويم، فقال محمد: إلى أجله[5].

قال التونسي: كذا يقوم، حل الأجل أو لم يحل.

وقيل: إذا حل قوم حالاً.

وقال اللخميّ: المعروف من قول مالك وابن القاسم أنه يرجع بقيمة ما أسلم[6] فيه في قيمة ما بيده من الفرس، فإن تأخر الحكم بالقيمة بعد الاستحقاق حتى حل الأجل أخذ الفرس ودفع قيمة ما رجع فيه من الفرس يوم يأخذه، وإن كان قبل حلول الأجل كان المسلم بالخيار، بين أخذه قيمة ذلك على أن يقبضه إلى بقية أجله، وإن أحب أمهل حتى يحل الأجل ويقع التقابض، فيدفع القيمة حالة، وإن كان الاستحقاق بعد الأجل وقبض

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 423 .

(2) قوله: (ربه) ساقط من (م).

(3) انظر: التبصرة، للخمي: 1/ 5873 .

(4) انظر: شرح التلقين، للمازري: 1/ 315

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 424 .

(6) في (ر2): (سلم).

الفرس، كانت عليه القيمة حالة يوم القبض[1].

ومسألة: [(من شهد عليه بأنه مات فبيع ماله وتزوجت امرأته، ثم جاء الرجل وتفريقه بين أن يكونوا قصدوا الزور أو[2] شبه عليهم)][3] تأول[4] إسماعيل [198/ أ] القاضي أن تفريقه هذا إذا لم يشهدوا عند الحاكم وأما إذا شهدوا عنده، فسواء شهدوا بزور أو شبه عليهم؛ يعني أنه لا يرد إليه ماله إلا بالثمن.

وقد فسر ابن القاسم في المدونة[5] قول مالك بخلاف هذا، وإن تفريقه سواء شهدوا به[6] عند القاضي أو لا، ونص عليه، ولم يختلف عنده حكم زوجته في الوجهين في الكتاب أنها ترد عليه[7].

قال في كتاب محمد: حكم بموته حاكم أو لا؟ تزوجت أو لا.

وقال إسماعيل القاضي: إذا كان بحكم لم ترد عليه كالمفقود.

تم كتاب الاستحقاق بحمد الله تعالى وحسن عونه ويمنه، يتلوه إن شاء الله كتاب الشفعة[8].

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5873 و5874.

(2) في (ر2): (و).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 391، و(العلمية): 4/ 208، و(السعادة/ صادر): 14/ 392 و393، و(تهذيب البراذعي): 4/ 120.

(4) في (ر2): (تأويل).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 392، و(العلمية): 4/ 209، و(السعادة/ صادر): 5/ 393، و(تهذيب البراذعي): 4/ 120.

(6) قوله: (به) ساقط من (م).

(7) في (م): (إليه).

(8) قوله: (تم كتاب الاستحقاق... كتاب الشفعة) زيادة من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الشفعة

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كتاب الشفعة

هذه اللفظة - بسكون الفاء - ولأصل تسميتها بذلك وجوه:

فقيل: هو من الشفع، وهو ضد الوتر؛ لأنه يضم هذا المشفوع[1] فيه إلى ماله، فتصير الحصة حصتين والمال مالين.

وقيل: هو من الزيادة؛ لأنه يجمع مال هذا إلى ماله ويضيفه إليه ويزيده له.

والشفعة: الزيادة؛ قال الله تعالى: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَـٰعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: 85].

قيل: يزيد عملا صالحا إلى عمله، وهو قريب من المعنى الأول.

وقيل: هو من الشفاعة؛ لأنه يشفع[2] بنصيبه إلى نصيب صاحبه.

وقيل: بل كانوا في الجاهلية إذا باع شريك الرجل حصته أو أصله، أتى المجاور شافعاً إلى المشتري؛ ليوليه[3] إياه[4] ليصله بملكه ويخلص له، فيسأله[5] حتى يشفعه فيه.

وقوله في الكتاب: [(كل قوم ورثوا رجلاً[6] وبعض الورثة أقعد ببعضهم[7] من قبل أن بعضهم أقرب بأمه[8]، وهم أهل سهم واحد أولاد

---

(1) في (ر2): (لمشفوع).

(2) في (ر2): (شفع).

(3) في (ر2): (فيوليه).

(4) في (ر2) و(ح): (أباه).

(5) قوله: (فيسأله) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (رجلا) ساقط من (ر2).

(7) في (م): (كم لهص).

(8) في (م): (بأبيه).

علات أو إخوة مختلفون، فباع أحدهم، فالشفعة لجميعهم[1]][2]؛ لأنهم أهل سهم واحد، كذا روايتنا، وكذا في أكثر النسخ.

وفي كتاب ابن المرابط: وإخوة بالعطف، وفيها كلها إشكال.

وقد اعترض سحنون هذا اللفظ، وقال: هو[3] خطأ لا يستقيم؛ لأن السهم لا يجمع الاخوة المختلفين.

قال القاضي رحمه الله: قد ظهر لي لما أراد[4] من ذلك وجه صحيح حسن يستقيم الكلام عليه ويجري على الأصل، ويدفع[5] الاعتراض إذا تؤمل[6] ويوافق الاخوة فيه الأولاد لعلات كما ذكر؛ لأن الأولاد إذا كانوا لعلات، ومعنى ذلك لأمهات شتى، وهو بفتح العين فليس ما باع أحدهم يكون شقيقة[7] به أولى بشفعته من سائر إخوته، وإن كان أقرب بأم؛ لأنهم كلهم أهل سهم واحد كما قال في الكتاب[8].

ولفظ سهم - هنا - فيه تجوز، إذ ليس الأولاد الذكور إذا[9] كان معهم

---

(1) في (ر2): (بجميعهم).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 403، و(العلمية): 4/ 213 و214، و(السعادة/ صادر): 14/ 399 و400، و(تهذيب البراذعي): 4/ 127.

(3) في (ر2): (هذا).

(4) قوله: (قد ظهر لي لما أراد) يقابله في (ر2): (وقد ظهر أن ما أراد).

(5) في (ر2) و(ح): (ويرفع).

(6) في (ر2): (تُأمل).

(7) في (م): (شفيعه).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 403، و(العلمية): 4/ 213 و214، و(السعادة/ صادر): 14/ 399 و400، و(تهذيب البراذعي): 4/ 127.

(9) في (م): (وإن).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

إناث من أهل السهام، وإنما معناه أن توارثهم على حد واحد لا يحجب بعضهم بعضا ولا منع بهم، كأهل سهم واحد، فكذلك الأخوة إذا كانوا كلهم لأب من الميت فورثوه، وهم مختلفون لأمهات شتى، وليس منهم شقيق للميت، فما[1] باع أحدهم فبقيتهم فيه شفعاء وليس شقيق البائع أحق من غيره، كالأولاد سواء.

وهذا الذي أراد لا شك فيه ألا تراه كيف قال: وبعض الورثة أقعد ببعضهم من بعض من قبل أن بعضهم أقعد بأمه؛ يريد بعضهم من بعض لا من الميت وإنما يراعى القعدد[2] من الميت لا من بعض أهل التشافع من بعض، ولا من البائع ولو كان مراده أقعد بأمه من الميت لم تصح المسألة؛ لأنه كمن[3] يكون شقيقاً[4] للميت، يحجب غيره، فلا ميراث للآخر وتسقط المسألة فلا معنى لها، إلا ما ذكرناه وتصح وتتبين[5].

ولم يزل الشيوخ ينقلون فيه الاعتراض وينبهون عليه في كتبهم، ولم أر من أجاب عنه، ولا من أظهر وجهه وكشف إشكاله وما ذكرناه بين.

وقد يكون معنى قوله في البنين: أهل سهم واحد إذا كانوا إناثاً وضرب لهن[6] بالثلثين وهن لعلات[7]، فلا فرق بينهن ولو كن لأم واحدة؛ إذ قرب

---

(1) في (م): (فمتى).

(2) في (ر2) و(ح): (القعود).

(3) في (ر2): (كأن).

(4) في (م) و(ح): (شفيعا).

(5) في (ر2): (وتبين).

(6) في (م): (لهم).

(7) في (م): (لقات).

بعضهن من بعض وقعددهن بذلك لا تأثير له في الشفعة، وإنما المراعى قعددهن وقربهن من الميت وهن في ذلك سواء، كما بيناه.

ومعنى الشقص بكسر الشين: النصيب.

وقوله: [(الشفعة على قدر الأنصباء ليس على عدد الرجال)][1]، هذا هو المعروف من المذهب.

والمخالف يقول: على عدد الرؤوس.

وقد خرجه اللخميّ على قول [198/ ب] عبد الملك، في تقويم العبد المعتق بعضه على معتقه أنه على العدد لا على الأنصباء[2]، وكأنه رجحه.

وخرجه آخرون من المدونة من كتاب الأقضية من[3] جعله أجرة القسام على عدد الرؤوس[4]، والخلاف في ذلك معلوم، والفرق بين البابين بين.

وحكى ابن الجهم عن بعض أصحاب مالك أن الشفعة على عدد الرؤوس.

قال اللخميّ: وهذا فيما ينقسم[5]، وأما ما لا ينقسم إذا حكم فيه بالشفعة، فعلى الرؤوس؛ لأن المقصود فيه رفع الضرر عند البيع، وذلك

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 406، و(العلمية): 4/ 215، و(السعادة/ صادر): 14/ 402، و(تهذيب البراذعي): 3/ 579.

(2) انظر: التبصرة للخمي، ص: 3307.

(3) في (م): (ومن).

(4) انظر: المدونة (زايد): 8/ 508، و(العلمية): 4/ 15، و(السعادة/ صادر): 12/ 147، و(تهذيب البراذعي): 3/ 578 و579.

(5) في (ر2): (لا ينقسم).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

يستوي فيه القليل النصيب والكثير[1].

ومسألة اقتسام[2] الساحة والتشافع فيها منها – هنا – وفي كتاب القسمة.

وقوله – هنا – [(إن لم يقسموا الساحة وقد قسموا البيوت[3]، فلا شفعة لهم، وإن[4] كانت الساحة واسعة، فأرادوا قسمتها؛ ليأخذ كل إنسان حصته ويحوزها[5] إلى بيته.

قال: إذا كان كذلك ولم يكن ضرراً، قال[6]: رأيت أن يقسم)][7].

معناه إذا ادعى أحدهم، وأما إذا[8] تراضوا جميعهم على القسمة قسمت، كانت بضرر أو بغير ضرر.

وقد اعترض المسألة سحنون، وحمل[9] كلامه على المسألة المتقدمة قبلها في قسمة البيوت.

وقال: لا تصح قسمة الساحة بالسهم[10]؛ لأن حصة هذا قد تقع على باب

---

(1) انظر: التبصرة للخمي، ص: 3307.

(2) في (ر2): (أقسام).

(3) قوله: (إن لم يقسموا الساحة، وقد قسموا البيوت) يقابله في (م): (إن قسمت البيوت ولم تقسم الساحة).

(4) في (ر2): (فإن).

(5) في (ر2): (ويحوزه).

(6) قوله: (قال) زيادة من (ر2).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 407، و(العلمية): 4/ 215، و(السعادة/ صادر): 14/ 402، و(تهذيب البراذعي): 4/ 127.

(8) في (ر2): (إن).

(9) في (م): (وجعل).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 216.

هذا، وأي ضرر أكبر[1] منه، إلا أن تكون قسمتهم على التراضي.

وقال بعض شيوخنا: المسألتان مفترقتان.

والمسألة الأولى ذكر فيها قسمة البيوت.

والثانية لم يقسموها لكن أرادوا قسمتها مع الساحة، فأجاز ذلك إذا لم يكن ضرراً.

وإليه ذهب أبو عِمرَان في معنى المسألة، انظر قوله في كتاب القسمة إن كانا[2] اقتسما البيوت والساحة قسماً واحداً تراضيا على ذلك[3]، فهذا يدل أنه لا يجوز قسمتها بالقرعة مع البيوت.

وقيل: معنى الساحة التي منع مالك من قسمتها، إنما يريد أفنية الدور التي من بيوت القرى، حيث تبرك[4] الإبل ويرتفق[5] جميع أهل القرية.

فأما ساحة داخل الدار فتقسم كالبيوت.

وكذا قال ابن حبيب[6]، وهذا وفق قول[7] أَشْهَب: ليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة، إلا ببيع حصته من البيوت، وإن كانت واسعة، إلا

---

(1) في (ر2) و(ح): (أكثر).

(2) في (م): (إذا كان).

(3) في (م) و(ح): (بذلك).

وانظر: المدونة (زايد): 10/ 33، و(العلمية): 4/ 278، و(السعادة/ صادر): 14/ 479، وتهذيب البرا ذعي: 4/ 192.

(4) في (م) و(ح): (يترك).

(5) في (م): (وينتفع).

(6) انظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد: 2/ 250 و251.

(7) قوله: (قول) ساقط من (ر2).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أن يجتمع أهل الدار[1] على بيعها، فيجوز؛ لأنها بقيت مرفقا لهم[2].

ولابن حبيب عن مُطرِّف: لا تقسم جملة[3]، وتأول قول مالك في منع ذلك بعد التحجير كان أهلها أوقفوها كالحبس.

وقيل: إذا احتملت البيوت والساحة القسمة قسمت قسماً واحداً، ويجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله من الساحة معدلاً بالقيمة ويسهم عليها وإن لم تحتملها الساحة، قسمت البيوت وتركت الساحة مرتفقاً كالفناء[4]، إلا أن يتفقوا على قسمتها.

فإن لم تحتمل البيوت واحتملتها الساحة، فذهب ابن حبيب إلى جواز قسمتها.

قال: ويضم البنيان إلى الساحة، ويقسم وإن لم تقع السهام كلها في البنيان[5].

والذي[6] يأتي على مذهَبِ ابن القاسم أنها لا تقسم إلا بالتراضي؛ لأن بعضهم يخرج سهمه[7] في البيوت وبعضهم في الساحة، فصار كالصنفين لا يجوز الاستهام عليها[8].

---

(1) في (ر2) و(ح): (ملاؤهم).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 119.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 221 و222.

(4) في (م) و(ح): (كالفنادق).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 216.

(6) في (ر2): (الذي).

(7) في (ر2): (بسهمه).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 211.

قال شيخنا القاضي أبو الوليد: وقول ابن حبيب خلاف لهذا، وهو بعيد، وهو[1] كجمع الصنفين في القسم[2].

وإنما تقوم إذا انقسمت الساحة مع البيوت في كل نصيب، إلا أن يكون على أحد التأويلين على ابن القاسم في جمع[3] ذلك بالسهم على[4] [(التراضي من مسألة الزيتونة والشجرة)][5]، وعلى[6] مذهَبِ أَشْهَب في جمع الصنفين في القسم[7].

وقيل: إنما قال: لا يقسم إلا أن يكون لكل واحد ما ينتفع به على قوله في الدار الصغيرة والحمام أنه لا يقسم[8].

وقال عثمان بن مالك القابسي: معناه إن كانت للبيوت حجر لم تقسم[9] الساحة إلا باجتماع[10] منهم، وإن لم يكن لها حجر وكانت واسعة، فمن دعا منهم إلى القسم وجبت له القسمة، وإن كانت ضيقة باجتماعهم[11]

---

(1) قوله: (وهو) زيادة من (ر2).

(2) انظر: المقدمات الممهدات: 2/ 250 و251.

(3) في (ر2): (جميع).

(4) في (ر2): (مع).

(5) انظر: المدونة (زايد): 10/ 88، و(العلمية): 4/ 307، و(السعادة/ صادر): 14/ 5154، و(تهذيب البراذعي): 4/ 217.

(6) في (ر2): (على).

(7) انظر: المقدمات الممهدات: 2/ 249 و251.

(8) قوله: (إلا أن يكون لكل واحد ... لا يقسم) ساقط من (م).

(9) قوله: (وقال عثمان بن مالك ... لم تقسم) ساقط من (ر2).

(10) في (ر2): (بإجماع).

(11) قوله: (باجتماعهم) ساقط من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

فباجتماعهم، وهذا نحو قول ابن حبيب وروي عن مالك[1].

وقوله في الشفعة في النقض: [(ما الشفعة إلا في الدور والأرضين وإن هذا الشيء ما سمعت فيه شيئاً وما أرى إذا نزل إلا ولهم الشفعة ونزلت بالمدينة، فرأيت مالكا استحسن لهم الشفعة)][2].

يشعر مجموع هذا الكلام إلى اختلاف قوله في الشفعة فيها واختلاف قوله في ذلك معلوم وكذلك اختلاف قوله في بيع نقضها واختلاف قول أصحابه في بيع[3] جميعها من غير رب العرصة ولا يختلف في وجوب الشفعة فيه، إذا بيع مبنياً مع الأصل.

وإنما الخلاف إذا باع أحد الشريكين حصته من النقض دون الأصل، كان الأصل لهما أو لغيرهما، كان قائماً في [199/ أ] البنيان أو نقض وهما مشتركان في الأصل، وفيه وقد وقع خلاف ما تقدم نصا في المدونة في غير رواية يحيى.

ونقلها أبو محمد فيمن اشترى نقض دار على القلع، ثم اشترى الأرض، فأقره، فاستحق رجل نصف جميع الدار أنه يأخذ نصف الأرض بالشفعة بنصف ثمنها[4]، ويغرم نصف قيمة البناء من الأرض قائماً.

وكذلك لو اشترى الأرض دون النقض، ثم اشترى النقض

---

(1) قوله: (وروي عن مالك) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 409، و(العلمية): 4/ 216، و(السعادة/ صادر): 14/ 403، و(تهذيب البراذعي): 4/ 127 و128.

(3) قوله: (بيع) ساقط من (ر2).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 124، ونصه (قال: ومن ابتاع نقض دار على القلع أو نخلاً على القلع، فلم ينقض ولا قلع حتى استحق رجل نصف الأرض مع البناء أو النخل، قال ابن القاسم: يرد البيع فيه ولا شفعة فيه، وللمبتاع رد ما بقي في يديه).

وطرحها سحنون[1].

وقال ابن المَوَّاز: رجع ابن القاسم إلى مثل قوله في النخل أنه يأخذ نصف جميع ذلك[2]، ووقعت هذه المسألة آخر الكتاب في بعض الروايات.

ولم تكن عند ابن وضاح، ولا في كتاب دراس بن إسماعيل، وحوق عليها في كتاب ابن عتاب.

وتمت المسألة في بعض النسخ عند قوله: [(أيشفع الشفيع في النقض والعرصة جميعاً. قال نعم، يشفع فيهما)][3].

وكذا تمت عند ابن أبي زمنين، وزاد في بعضها: العرصة بما اشتراها المشتري، والنقض بالقيمة، وهنا انتهت[4] في كتاب أحمد بن أبي سليمان وروايته وزاد في رواية غيره تعليلاً للمسألة وحجة.

قال فضل: ذكرها ابن عبدوس.

وقوله في مسألة الشريكين في الأنقاض، [(إذا باع أحدهما[5] إن أراد رب العرصة أخذ النقض، ويدفع إلى رب النقض قيمة نقضه له ذلك، إلا أن تكون قيمة النقض أكثر مما باع به)][6].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد 11/ 122 و123.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد 11/ 123.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 499، و(العلمية): 4/ 263، و(السعادة/ صادر): 14/ 460، و(تهذيب البراذعي): 4/ 157.

(4) في (ر2): (أشبهت).

(5) في (ر2) و(ح): (أحدهم).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 410، و(العلمية): 4/ 216، و(السعادة/ صادر): 14/ 403، و(تهذيب البراذعي): 4/ 157 و158.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال ابن وضاح: كذا أصلحها سحنون، وكان في الأصل إلا أن يكون ثمن النقض.

وقال[1] يحيى: كان في الأم، إلا أن يكون قيمة النقض أقل، فأصلحه سحنون[2] أكثر وكلا الإصلاحين يرجع إلى معنى واحد صحيح.

ولم يختلف أن رب العرصة مقدم في الأخذ على الشفيع ليس للشفعة لكن لدفع الضرر.

ثم اختلف بما يأخذ، ففي المدونة [(بالأقل[3] من الثمن)][4] أو القيمة على ما بينا، وعلى ما أصلحه سحنون.

وظاهره: أنه يأخذه[5] بذلك من البائع.

وقيل: بالثمن فقط.

وقيل: يأخذه منه مقلوعاً بالقيمة فقط.

وهذا على ماله في باب اشتراء النقض والشريك غائب.

قال: يعطيه قيمة بنيانه، ولا يأخذه بالثمن الذي اشترى به[6].

وقيل: يأخذه من المبتاع.

---

(1) في (ر2): (قال).

(2) قوله: (سحنون) ساقط من (ر2).

(3) في (ر2): (بأقل).

(4) انظر: : المدونة (زايد): 9/ 500، و(العلمية): 4/ 264، و(السعادة/ صادر): 14/ 460، و(تهذيب البراذعي): 4/ 158.

(5) في (م) و(ح): (يأخذ).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 460، و(العلمية): 4/ 242، و(السعادة/ صادر): 14/ 435، و(تهذيب البراذعي): 4/ 157.

وقيل: من البائع بالأقل من قيمته مقلوعاً أو[1] الثمن وينفسخ البيع فيه بينه وبين المبتاع، فيرجع على البائع بما دفع له وكل هذه الأقوال متأولة على المدونة للشيوخ.

وقول مالك: [(لم ير السنة[2] مما تنقطع به الشفعة، فإذا جاوز السنة بما يرى أنه تارك، سقطت شفعته)][3].

وله عنه في المبسوط أنها تنقطع بالسنة، وهي رواية أَشْهَب عن مالك - أيضاً - فيحتمل أن رواية ابن القاسم في المبسوط[4] موافقة لرواية أَشْهَب أن بتمام آخر يوم من السنة تنقطع؛ إذ السنة حد في غير شيء من الأحكام، كما قال عمر[5] أو يكون قوله في المبسوط[6] موافقاً لما في المدونة، ومراده أن السنة وما قاربها بمنزلتها، كما قال في الرضاع والزكاة وغير ذلك، وكما قال ابن ميسر[7]: ما قرب السنة فله حكمها[8].

قال في الوثائق: وذلك الشهر والشهران.

وحكى الصدفي[9] والثلاثة.

---

(1) في (ر2): (و).

(2) في (م): (السفه).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 411 و412، و(العلمية): 4/ 217، و(السعادة/ صادر): 14/ 404، و(تهذيب البراذعي): 4/ 129.

(4) في (ر2): (المبسوطة).

(5) في (ر2): (عيسى).

(6) في (ر2): (المبسوطة).

(7) في (م): (ابن القاسم).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 185.

(9) في (ر2): (الصديقي).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال أصبغ: السنتان والثلاث[1].

وفي كتاب ابن حبيب لمالك في أكثر من خمس سنين لا أراه طولاً.

وقال عبد الملك في المبسوطة: عشر سنين[2].

وحكى عنه ابن المعذل أربعين سنة، فكأنه على هذا رآه في قوليه من باب الحيازة التي حدها عشراً أو أربعون، بين الإشراك[3].

وروي عن مالك: أنها لا تنقطع حتى يوقف أو يصرح بتركها.

وقال ابن وهب: متى علم وترك، فلا شفعة له[4].

وقوله في تكافؤ[5] البينتين في: [(اختلاف المشتري والشفيع في الثمن، القول قول المشتري؛ لأن الدار في يديه)][6].

نبه بعض متأخري الأندلسيين عليه أنه يفهم منه أن الدار لو كانت بيد الشفيع بخلاف ذلك، وقد فاتت أو لم تفت.

وانظر قوله[7] في كتاب الرواحل [(في الراحلة[8] يكتريها، في اختلافهم في مسألة أيلة[9] وجعله القول قول المكتري؛ لقبضه

(1) في (ر2): (أو الثلاث).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 185 و186.

(3) قوله: (وحكى عنه ابن المعذل ... بين الإشراك) ساقط من (م).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 186.

(5) في (ر2): (تكافئ).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 413، و(العلمية): 4/ 217، و(السعادة/ صادر): 14/ 404، و(تهذيب البراذعي): 4/ 147.

(7) قوله: (قوله) ساقط من (ر2).

(8) قوله: (في الراحلة) ساقط من (ر2).

(9) في (ر2): (إبله).

الراحلة)][1]، ولأن تسليم الشقص للشفيع كتسليم السلعة[2] للمشتري.

والخلاف هل القول قوله بنفس تسليمها أو حتى يبين بها أو حتى تفوت.

ومسألة من [(اشترى من ثلاثة نخلاً وداراً وأرضاً، والشفيع واحد قال: إنما يأخذ الجميع أو يترك)][3].

وقال أَشْهَب: هذا[4] إذا كانوا متفاوضين[5]؛ يعني المشترين، وإلا فيأخذ ما شاء ويترك ما شاء؛ لأنه لا مضرة على المشتري فيما يؤخذ من الآخر.

حمل الباجي قول أَشْهَب على التفسير، قال: وإلا فلا وجه لثبوت الشفعة.

وحمله غيره على الخلاف.

وقوله في القضاء: [(بالشفعة في مغيب المشتري؛ لأن القضاء على الغائب جائز ويكون على حجته، إذا قدم بيان[6] وتصريح في القضاء على الغائب)][7].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 8/ 162، و(العلمية): 3/ 493، و(السعادة/ صادر): 11/ 486، و(تهذيب البراذعي): 3/ 455.

(2) في (ر2): (الشفعة).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 429، و(العلمية): 4/ 226، و(السعادة/ صادر): 14/ 415، و(تهذيب البراذعي): 4/ 132 و133.

(4) قوله: (هذا) ساقط من (ر2).

(5) في (ر2): (معاوضين).

(6) في (ر2): (بين).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 415، و(العلمية): 4/ 219، و(السعادة/ صادر): 14/ 406، و(تهذيب البراذعي): 4/ 131.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي إرجاء الحجة له، ومثله في النكاح[1] والأقضية[2] والشركة والقضاء في الشفعة[3] [199/ ب] عليه كالقسمة عليه، بخلاف ما يستحق من يده من الأصول.

وقد اعترض سحنون المسألة، وقال: إذا كان على حجته فلم يقض عليه وينبغي أن يتلوم له، الشيء بعد الشيء ولا يكثر في الأجل، ثم يحكم عليه ويقطع ولا تكون له حجة بعد ذلك.

وقوله: [(إذا هدم المشتري الشقص لم يأخذه[4] الشفيع، إلا بجميع الثمن)][5].

وقال بعض الشيوخ: إنما يصح إذا لم يعلم المشتري[6] أن معه شفيعاً، ولا لأحد فيها شركاء[7] غير بائعه، فمتى علم ثم هدم فهو ضامن وحكمه حكم المتعدي الغاصب.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 3/ 276، و(العلمية): 2/ 102، و(السعادة/ صادر): 4/ 158، و(تهذيب البراذعي): 2/ 137.

(2) انظر: المدونة (زايد): 8/ 507، و(العلمية): 4/ 14، و(السعادة/ صادر): 12/ 146، و(تهذيب البراذعي): 3/ 577 و578.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 415، و(السعادة/ صادر): 14/ 406، و(العلمية): 4/ 219، و(تهذيب البراذعي): 4/ 131.

(4) في (ر2): (لم يأخذ هنا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 425 و426، و(العلمية): 4/ 224، و(السعادة/ صادر): 14/ 412 و413، و(تهذيب البراذعي): 4/ 139.

(6) قوله: (المشتري) ساقط من (ر2).

(7) في (م): (شركا).

وقال ابن لبابة: في هذه المسألة وهم وإنما[1] يصح أنه[2] ابتاع جميع الدار، فهدمها، ثم استحق مستحق[3] بعضها أو اشترى بعضها وهدمها مع شريكه، فأتى شريك آخر لم يعلم به أو مستحق لما بيد شريكه، فحينئذ يجري فيه الجواب المتقدم، وأما غير هذه الوجوه فمحال؛ لأن الجزء الذي هدم ليس له وحده، وهو فيه متعد غاصب، فعليه ما على أهل العدا، يخير[4] المستحق إن شاء ضمنه قيمة نصيبه، وإن شاء أخذ نصيبه وأغرمه قيمة[5] ما نقصه الهدم وشفع في الباقي على ما فسره في المسألة.

وقال ابن زرب فيمن بنى في حصة لها شفيع فقام شفيعه[6] فأخذ[7] قيمة بنائه منقوضاً لا[8] شيء في ماله.

وقال غيره: هو كالمتعدي.

وقوله في مسألة اختلاف البائع والمشتري والشفيع: [(إن كانت الدار في يد البائع أو في يد المشتري لم تفت بطول الزمان أو[9] بهدم أو تغير[10] المساكن، إلى آخر ما ذكره فالقول قول البائع؛ يريد: ويتحالفان ويتفاسخان وإن تغيرت

---

(1) في (ر2): (إنما).

(2) قوله: (أنه) ساقط من (ر2).

(3) في (م): (مستحقها).

(4) قوله: (العدا، يخير) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (قيمة) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (فقام شفيعه) ساقط من (م).

(7) في (م): (يأخذ).

(8) في (م): (ولا).

(9) قوله: (أو) ساقط من (م).

(10) في (م): (بتغير).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

بما ذكرت لك وهي في يد المشتري، فالقول قوله)][1].

قال بعضهم: قوله **بطول الزمان** يدل أن حوالة الأسواق في البيع الفاسد فوت في اختلاف المتبايعين، كما قال في كتاب محمد[2].

وما وقع في بعض رواية الأندلسيين في أنه فوت في ذلك[3]، وإلى هذا نحا أبو عِمرَان.

وكذلك استدلوا منها - أيضاً - على أن ذلك فوت في البيع الفاسد، كما قال أصبغ، خلاف ما قاله بعد في المدونة وغيرها.

وقد يقال: إن المراد بطول الزمان الذي تتغير في مثله الدار وتنهدم من ذاتها؛ لضعف بنائها ووهائها، وما ذكره بعده من فعل بني آدم، وقد بين بعد أن تغيير البناء من غير هدم ليس بفوت.

وكذلك قوله: [(وإن تغيرت الدار بما ذكرت، وهي في يد المشتري، فالقول قوله)][4].

فانظر تخصيصه تغيرها بيد المشتري.

قالوا: فلو تغيرت بيد البائع تحالفا وتفاسخا.

قال أبو محمد: إن تغيرت بهدم أو بناء بيد البائع، نظر إلى قيمة الدار مبنية

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 419 و420، و(العلمية): 4/ 221، و(السعادة/ صادر): 14/ 409، و(تهذيب البراذعي): 4/ 135.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 176 و77.

(3) قوله: (في ذلك) يقابله في (م): (بذلك).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 420، و(العلمية): 4/ 221، و(السعادة/ صادر): 14/ 409، و(تهذيب البراذعي): 4/ 135.

وقيمتها مهدومة، فما نقصها فمن المشتري ويتحالفان ويتفاسخان[1]، ويغرم[2] المشتري للبائع مقدار ما نقصها الهدم من الثمن الذي أقر به وإن حلف أحدهما ونكل الآخر لزمه ما حلف عليه صاحبه.

وقوله في الهبة للثواب: [(أجازه الناس، وفي القياس[3] ينبغي[4] ألا يكون جائزا)][5].

فيه[6] إشارة إلى قول المخالف: أن الهبة للثواب لا تجوز؛ لأنها من المبايعة بالغرر.

وقد قال ابن وضاح: طرح سحنون قوله: **وفي القياس ينبغي ألا يكون جائزا**، وثبت في كتاب ابن عتاب، وخرجه في كتاب ابن المرابط، وقال: ثبت للإبياني وحده.

ومسألة[7] تسليم الشفعة قبل معرفة الثمن وقوله: [(هو جائز)][8] ظاهر الكتاب على الإطلاق.

---

(1) قوله: (ويتفاسخان) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (يحلف).

(3) قوله: (وفي القياس) ساقط من (م).

(4) قوله: (ينبغي) ساقط من (ر2).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 420 و421، و(السعادة/ صادر): 14/ 409 و410، و(تهذيب البراذعي): 4/ 136.

(6) قوله: (فيه) زيادة من (م).

(7) في (ر2): (مسألة).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 477، و(العلمية): 4/ 251، و(السعادة/ صادر): 14/ 446، و(تهذيب البراذعي): 4/ 135.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

واختلف[1] في تأويله، فقيل جائز ماض بكل حال؛ لقوله: له أن يترك إن أحب، إذا عرف بالثمن، يدل أنه إن أحب تماسك.

وقيل: معناه أن ذلك العقد لا يلزمه؛ لفساده، إذا لم يعرف بما يأخذ به.

فإن اختار الأخذ والتماسك بعد معرفة الثمن، فهو ابتداء بيع آخر، وهو الذي في كتاب محمد[2].

وكذلك اختلف قوله: إذا أخذ بالشفعة والثمن عرض مما لا مثل له، كالعبد والثوب، قبل معرفة قيمته، فقال مرة: هو فاسد، وقال مرة: هو جائز.

وكذلك خرجوا عليها إذا كانت الشفعة مما يحكم فيه بقيمة الشقص قبل معرفته.

وقيل في هذا كله: إذا تقاربت القيم جاز، وإذا تباينت لم يجز.

ولم يجز في الكتاب أن يأخذ بالشفعة لغيره، ولا لبيعها ليربح فيها.

وقال في المديان: يأخذ بالشفعة، وهو - هنا - مبتاع[3] لغرمائه، فهي مخالفة لها، ولهذا منع ذلك أَشْهَب.

ومسألة: [(من اشترى داراً فهدمها، فباع نقضها ثم قدم رجل فاستحق نصف الدار، في لفظ الجواب فيها تلفيف وتطويل وإشكال، أبانه واختصره آخر الكلام في قوله: قلت: فالمشتري إذا باع مما نقض شيئا، أخذ المستحق نصف ذلك باستحقاقه نصف الدار ونصفه بالشفعة [200/ أ]، قال: نعم إذا كان ما باع من

---

(1) في (ر2): (اختلف).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 135.

(3) قوله: (هنا مبتاع) يقابله في (م): (في معنى ما ابتاع).

النقض حاضراً، فإن فات النقض فليس له أن[1] يرجع عليه بما يصيبه[2] من الثمن، وإنما له أن يأخذ البقعة بما يقع[3] عليها من الثمن)][4].

قال سحنون: الحاضر والغائب في النقض سواء.

وقع كلامه في بعض النسخ، وليس في روايتي ولا في أكثرها.

قال أبو عِمرَان: هو لفظ مشكل - أيضاً - والأولى[5] أن يحمل على الوفاق على ما فسر.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن عبدوس: إذا كان النقض حاضراً لم يفت، فللشفيع أن يأخذ ثمن النقض الذي باعه[6] المشتري[7] مع القاعة ويعطيه الثمن، ونحوه لأَشْهَب.

قال: يحاص الشفيع المشتري بثمن ما باع من النقض، وأنكر ذلك سحنون.

وقوله في المسألة بعدها: [(إذا اشترى داراً، فرهنها لرجل فهدمها أو وهب نصفها لرجل فهدمه[8])][9].

---

(1) في (ر2): (ما).

(2) قوله: (بما يصيبه) يقابله في (ر2): (لما يضمنه).

(3) في (ر2): (يأخذ).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 427 و426، و(العلمية): 4/ 224 و225، و(السعادة/ صادر): 14/ 413 و414، و(تهذيب البراذعي): 4/ 140.

(5) في (ر2): (وأول).

(6) في (ر2): كلمة غير واضحة.

(7) في (م): (به).

(8) في (ر2): (فهدمها).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 430، و(العلمية): 4/ 226، و(السعادة/ صادر): 14/ 415، =

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

كذا للإبياني وغيره.

وفي كتاب أحمد بن خالد: أو وهب نقضها[1].

وقوله: [(فيمن اشترى نصيبين من دارين من رجلين مختلفين وشفيعهما واحد أن الشفيع إنما يشفع في الكل أو يترك)][2].

قالوا هذا على[3] أحد قوليه في جمع[4] السلعتين، وقد يحتمل عندي أن يكون سمى[5] لكل واحد من الشقصين شيئاً[6].

وقد حكى ابن لبابة أن المذهب في المسألة إذا كانت هكذا في جمع[7] السلعتين، وسمى لكل واحدة ثمناً جاز البيع بغير خلاف.

كما قال في كتاب النكاح: [(إذا كان سمى لكل امرأة مهراً جاز جمعهما في عقدة)][8].

ومسألة: [(من اشترى بيعا فاسداً فباعه بيعا صحيحا.

قال: هذا فوت في البيع الفاسد.

=

و(تهذيب البراذعي): 4/ 141.

(1) في (ر2): (أقضها).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 428، و(العلمية): 4/ 225 و226، و(السعادة/ صادر): 14/ 414، و(تهذيب البراذعي): 4/ 133.

(3) في (ر2): (في).

(4) في (ر2): (جميع).

(5) في (ر2): (مما).

(6) في (ر2): (ثمنا).

(7) في (ر2): (جميع).

(8) انظر: المدونة (زايد): 4/ 63، و(العلمية): 2/ 189، و(السعادة/ صادر): 4/ 280، و(تهذيب البراذعي): 2/ 227.

زاد في رواية ابن وضاح: وله أن يأخذ بالبيع الصحيح وليس له أن يأخذ بالبيع الفاسد)][1].

قال ابن وضاح: وهو[2] رأيه وليس هو من الأصل، ولم يكن في كتاب الإبياني.

وتأمل قوله: [(إن كان قد بنى فيها بنياناً كالقصور[3] والبيوت، فهذا فوت أيضاً)][4].

هذا يفسر ما أجمله في غير هذا الموضع وكان البنيان[5] اليسير والإصلاح الخفيف حكمه حكم تغيير البناء من غير هدم، والله أعلم.

وقوله في الإقالة: [(الإقالة باطلة[6] إلا أن يسلم الشفيع الشفعة)][7].

قال عيسى بن دينار: معناه لا يقطع الشفعة حتى يعد البائع فيها، كأنه لم يبع، فإذا[8] ثبتت الإقالة، فيأخذ الشفيع إن شاء من المشتري بعهدة البيع، وإن

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 474، و(العلمية): 4/ 250، و(السعادة/ صادر): 14/ 444، و(تهذيب البراذعي): 4/ 143.

(2) في (ر2): (هو).

(3) في (ر2): (القصور).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 432، و(العلمية):4/ 228 ، و(السعادة/ صادر): 14/ 417، و(تهذيب البراذعي): 4/ 142.

(5) في (م): (حكم).

(6) في (ر2): (باطل).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 423، و(العلمية): 4/ 223، و(السعادة/ صادر): 14/ 411، و(تهذيب البراذعي): 4/ 138.

(8) في (ر2): (فأما إذا).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

شاء من البائع بعهدة الإقالة[1] على الإقالة، كأنه - هنا - اتهمها على حل البيع؛ لإبطال الشفعة، ولا يختلف إذا كانت الإقالة بعد تسليم الشفعة أو زيادة الثمن[2] أو نقصه أن فيها الشفعة[3].

وفي باب الكفالة في بيع الدور: [(إذا بنى المشتري لا شيء على الكفيل من قيمة ما بنى، ويقال للمستحق: ادفع إلى هذا المشتري قيمة ما بنى وخذ دارك)][4].

كذا في[5] رواية أحمد بن أبي سليمان، ولغيره: أو خذ قيمة دارك وكلاهما صحيحان[6].

ومعنى قيمة دارك؛ أي ثمنها الذي باعها به البائع من المشتري، كما بينها بعد هذا في غير موضع.

ثم قال: [(فإن دفع إليه قيمة ما بنى وأخذ داره رجع المشتري على البائع بالثمن أو على الحميل، والمشتري في ذلك غير[7] مخير، وهو قول مالك)][8].

---

(1) قوله: (فيأخذ الشفيع ... الإقالة) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (أو زيادة الثمن) يقابله في (م) و(ح): (أو بثمن الزيادة).

(3) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/ 385.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 438، و(العلمية): 4/ 231، و(السعادة/ صادر): 14/ 420، و(تهذيب البراذعي): 4/ 145.

(5) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(6) في (م): (صحيح).

(7) قوله: (في ذلك غير) زيادة من (ر2).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 438، و(العلمية): 4 / 231، و(السعادة/ صادر): 14/ 420، و(تهذيب البراذعي):4/ 145.

كذا[1] في هذه المسألة لكن في[2] كثير من النسخ.

وكذا عند أحمد بن خالد، وهو خلاف اختيار[3] ابن القاسم.

قيل: من قولي مالك في هذه المسألة، لكن في كثير من النسخ[4]، وهي رواية ابن عتاب والإبياني: والمشتري في ذلك مخير، إن كان البائع غائبا أو معدماً وبثبوت هذه الزيادة لا يكون اختلافا من قول ابن القاسم.

ومسألة: [(من اشترى شقصاً من دار بحنطة، فاستحقت الحنطة، وقد أخذها الشفيع بالشفعة قبل استحقاقه الطعام لم يرد البيع، ويغرم له مثل طعامه وإن كان قبل أخذه فلا شفعة له)][5].

كذا ثبتت عندي الرواية في كتاب ابن عتاب.

وكذا عند ابن وضاح وعند بعضهم وعند ابن أبي زمنين والإبياني وكذا لابن باز[6] وعند ابن المرابط ولابن باز عند غيره.

قال ابن وضاح: كذا أصلحها سحنون لا[7] يرد ويغرم قيمة الشقص الذي اشترى[8].

---

(1) قوله: (كذا) زيادة من (ر2).

(2) قوله: (هذه المسألة لكن في) ساقط من (ر2).

(3) في (م): (قول).

(4) قوله: (من قولي مالك في هذه المسألة لكن في كثير من النسخ) ساقط من (م).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 441، و(العلمية): 4/ 233، و(السعادة/ صادر): 14/ 422، و(تهذيب البراذعي): 4/ 147.

(6) قوله: (وكذا لابن باز) يقابله في (م): (وكذا لابن وضاح).

(7) في (ر2): (أن ما).

(8) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 148.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال في الرواية الأخرى هي غلط.

قال: وكذا قرأنا عليه نقص زياد، وطرح له[1] لم يرد وغرم له مثل طعامه.

قال يحيى: قال سحنون: لا أعرف هذا الأصل وهي محطوطة[2] من كتاب الإبياني.

وقال القابسي: إنما يرجع قوله[3]: ويغرم له مثل طعامه على الشفيع لا على المشتري، وبه تصح المسألة، وإذا كان كذا لم يحتج إلى إصلاح.

وقوله: [(إن أقر البائع بالبيع وجحد المشتري، تحالفا وتفاسخا)][4].

قال أبو محمد: إنما يحلف أحدهما.

قال القاضي رحمه الله: مثل هذا يصح فيه - أيضاً[5] - التحالف؛ إذ على كل واحد منهما يمين في خاصته، في وجه ما، ولكل واحد منهما تحليف صاحبه، أما المشتري [200/ ب] بجحده[6] والبائع إن نكل المشتري.

وقوله في العين: تقسم بالقلد[7] بكسر القاف[8] وسكون اللام.

قال غير واحد: هي القدر التي يقسم بها الماء، وهو أكثر المراد - هنا -

---

(1) قوله: (له) زيادة من (م).

(2) في (ر2) و(ح): (مخطوطة).

(3) قوله: (قوله) ساقط من (م).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 442، و(العلمية): 4/ 233، و(السعادة/ صادر): 14/ 423، و(تهذيب البراذعي): 4/ 147.

(5) قوله: (أيضاً) ساقط من (م).

(6) في (م) و(ح): (بجحره).

(7) في (ر2): (بالملك).

(8) في (ر2): (الكاف).

وكذا[1] جاء في تفسيره[2] بعض النسخ[3] بمثله.

وثبت في كتاب ابن المرابط، وسيأتي تفسيره في كتاب القسمة.

وقال ابن دريد: هو الحظ من الماء، يقال: سقينا أرضنا قلدنا أي حظنا[4].

وقال ابن قتيبة: هو سقي الزرع وقت حاجته إليه[5]، تقول أقمت قلدي[6]، إذا سقيت زرعك يوم حاجته إلى السقي[7].

ومسألة [(من اشترى أرضاً من رجل يزرعها قبل أن يبدو صلاحه بمائة دينار، فأتى رجل واستحق نصف الأرض وأراد الأخذ بالشفعة -إلى قوله - وليس له في نصف[8] الزرع شفعة)][9]، كمل الجواب - هنا - في أصل ابن عتاب، وكثير من النسخ،

وفي بعضها زيادة ثبتت لابن باز في كتاب ابن المرابط وابن سهل.

قال أحمد بن خالد: قرأناها[10] عليه.

قال الأصيلي: ولم يقرأها إسحاق، وهو قوله: ويرد الزرع كله إلى بائعه،

---

(1) في (ر2) و(ح): (وقد).

(2) قوله: (تفسيره) زيادة من (م).

(3) في (ر2): (نسخ الكتاب).

(4) انظر: جمهرة اللغة، لابن دريد: 2/ 675.

(5) قوله: (إليه) ساقط من (ر2).

(6) في (م): (قلدك).

(7) انظر: غريب الحديث، لابن قتيبة: 2/ 56.

(8) في (م): (أصل).

(9) انظر: المدونة (زايد): 9/ 444 و445، و(العلمية): 4/ 234، و(السعادة/ صادر): 14/ 424 و425، و(تهذيب البراذعي): 4/ 149.

(10) في (ر2): (وقرأناها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ونظر كم قيمة الزرع من قيمة الأرض.

فإن كان قيمة الزرع ربع الثمن والأرض ثلاثة أرباع الثمن، كان للمستحق أن يأخذ نصف الأرض بالشفعة بربع الثمن ونصف الربع؛ لأن الزرع إذا بيعت الأرض لا يكون تبعا لها، إلا أن يشترط، فهو شيء غير الأرض.

وكذلك قسمة القيمة بين الأرض والزرع، ألا ترى لو أن رجلا باع أرضا بزرعها وزرعها[1] لم يبد صلاحه[2]، فاستحقت كلها من غير شفعة، رد الزرع كله إلى البائع ورد الثمن كله إلى المشتري.

ومثل هذا في كتاب محمد، قال: يرجع الزرع كله للبائع.

وقد أنكر سحنون في بعض التعاليق قوله هذا[3].

قال ابن وضاح: وطرحه من كتابه.

قال غير واحد: رجوع الزرع كله للبائع غلط، والصواب أن يتمسك المشتري بنصف الزرع المقابل لنصف الشفعة؛ لأنه لم ينتقض فيه البيع، إذ الأخذ بالشفعة كبيع مبتدأ.

وعليه حملوا مذهب المدونة، ويدل على أن هذا تأويل الكتاب قوله [(في[4] النخل: يشترى وفيها تمر[5] لم يبد صلاحه، يستحق مستحق بعضها[6] ويأخذ

---

(1) قوله: (وزرعها) ساقط من (م).

(2) في (ر2): (صلاحها).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 129 و130.

(4) في (ر2): (وفي).

(5) في (م): (ثمر).

(6) في (م): (نصفها).

بالشفعة النصف الآخر ذلك له، فإن لم تيبس أخذها، وإن يبست قبض[1] الثمن)][2].

فههنا صحيح بيعها، ولم يردها للبائع.

وأما سحنون، فيرى هذا كله بيعاً منتقضاً؛ لأنه رآها باستحقاق الأرض، وفسخ البيع في المستحق منها[3] وبقي الزرع كصفقة جمعت حلالاً وحراماً[4]، وكرجل باع أرضاً من رجل وزرعها الذي لم يبد صلاحه من آخر في صفقة، فإنها تفسد كلها.

وتأمل قوله في الكتاب: [(وزرع لم يبد صلاحه[5])][6].

والمذهب أن الزرع لا يباع حتى ييبس، فصواب الكلام أن يقال: وزرع لم ييبس، ولم[7] يبيض.

أما أن يكون قوله: **لم يبد صلاحه**، تجوزا في اللفظ، والمراد به هذا أو يكون إشارة إلى قول من رأى من أصحابنا أنه إذا بيع بعد أن بدا[8] صلاحه وأفرك أنه يفوت بالعقد.

---

(1) في (م): (فض).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 447 و448، و(العلمية): 4/ 236، و(السعادة/ صادر): 14/ 426، و(تهذيب البراذعي): 4/ 153.

(3) قوله: (وفسخ البيع في المستحق منها) ساقط من (م).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 130.

(5) قوله: (من آخر ... صلاحه») ساقط من (م).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 445، و(العلمية): 4/ 236، و(السعادة/ صادر): 14/ 425، و(تهذيب البراذعي): 4/ 150.

(7) قوله: (لم) ساقط من (ر2).

(8) في (ر2): (يبدو).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله في كراء الأرض المستحقة، [(وتفريقه بين فوات زرعها، وإمكانه ثم جاء بقول غيره في بعض النسخ، وليس في روايتنا وهو تفسير لقوّل ابن القاسم ومعناه.

وقوله: لأن الذي استحق قد كان وجب له الكراء، فله الكراء ما لم تفت الزراعة، كذا في كتابي، وكثير من النسخ، وفي بعضها وجب له الكراء فله الكراء[1] قبل الزرع)][2].

قال أحمد بن خالد: أنا أصلحته.

كذا استدل شيوخنا من هذه المسألة وأشباهها أن من اشترى شقصاً فاكتراه لمدة طويلة، فأقام شفيعه أنه يأخذ[3] شفعته، ويبقى الكراء للمكتري إلى مدته والشفيع بالخيار بالرضا بذلك أو يترك الشفعة كعيب حدث وبه أفتى أبو بكر بن مغيث والشارقي وابن ارفع رأسه[4] وغيره من فقهاء طليطلة.

وأفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطان وفقهاء قرطبة أن له فسخ[5]

---

(1) قوله: (الكراء فله الكراء) زيادة من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 363 و364، و(العلمية): 4/ 193 و194، و(تهذيب البراذعي): 4/ 104.

(3) في (ر2): (أخذ).

(4) قاسم بن أحمد بن محمد بن عثمان التجيبي، المعروف بابن أرفع رأسه، طليطلي، سكن قرطبة، سمع من قاسم بن أصبغ وابن أيمن وابن الشاط وغيرهم، وشاوره ابن أسلم ومنذر وغيرهما، وولي قضاء طليطلة وبطليوس، وتصرف في الإمامات وبنى حصون الثغر، وكان موثوقاً به مأموناً على ما تولاه، تفقه عنده جماعة، وسمع منه ابن الفرضي وغيره، توفي سنة ثلاثة وتسعين وثلاثمائة.

انظر: الديباج المذهب: 1/ 279.

(5) قوله: (أن له فسخ) يقابله في (م) و(ح): (أن يفسخ).

الكراء ويشفع، واستدلوا[1] بمسألة كتاب الاستحقاق أن[2] للمستحق فسخ الكراء؛ لأنه[3] أكرى بوجه شبهة.

وقال ابن عتاب - أيضا - إن أكرى وهو يعلم أن له شفيعاً انفسخ الكراء، إلا في المدة اليسيرة، كالشهر، وأما في الطويلة فلا، إلا أن يكون المكتري زرع فحتى يحصد، وإن كان غير عالم[4] بالشفيع فلا يفسخ، إلا في المدة الطويلة، وأما السنة ونحوها فلا، وكأنه التفت - هنا - إلى مسألة كتاب الجعل، [(في كراء الوصي أرض يتيمه لمدة يجهل[5] احتلامه)][6] فانظرها.

وقوله: [(فيمن اشترى نخلاً فيها طلع لم يؤبر، فاستحق رجل نصفها وقد عمل فيها المشتري)][7]، وسقى وأبرت النخل، أخذ المستحق النصف بالاستحقاق، والثاني بالشفعة وغرم للمشتري عمله فيما سقى وعمل في جميع ذلك.

فإن لم يأخذ بالشفعة فله نصف الحائط ونصف الثمرة، وعليه نصف ما عمل [201/ أ] المشتري، فإن أبى أن يغرم ذلك لم يكن له أن يأخذ نصف ما

---

(1) في (ر2): (ويستدلوا).

(2) في (م) و(ح): (وأن).

(3) في (ر2): (إلا أنه).

(4) قوله: (غير عالم) يقابله في (ر2): (عالماً).

(5) قوله: (يجهل) ساقط من (ر2).

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 115 و116، و(العلمية): 3/ 465، و(السعادة/ صادر): 11/ 455، و(تهذيب البراذعي): 3/ 506.

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 447 و448، و(العلمية): 4/ 236، و(السعادة/ صادر): 14/ 426 و427، و(تهذيب البراذعي): 4/ 152.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

استحق، ورجع على البائع بنصف الثمن، كذا في الروايات والأصول.

قال ابن أبي زمنين: قوله: نصف[1] ما استحق مستحيل، والصواب سقوطه.

قال القاضي رحمه الله: إنما يستحيل إذا حمل النصف على ما استحق، وإذا حمل على الجميع استقام.

وقوله: [(قال مالك في الشريكين في الزرع يبيع أحدهما نصيبه بعدما يبس وحل بيعه لا شفعة فيه إذا حل بيعه)][2].

قال بعض شيوخنا[3]: يخرج من هذا[4] قول آخر في الشفعة في الزرع، إذا بيع قبل يبسه، كما قال في الثمار؛ لقوله: [(لا شفعة له في الزرع إذا حل بيعه)][5].

وأما أن يكون إذا بيع مع الأرض أو بعد بدو صلاحه على قول من قال من أصحابنا أنه يفوت بيعه، ويكون هذا قوله في العتبية، في سماع أَشْهَب، يشفع في الأرض، وفي كل ما تنبت الأرض[6].

قال القاضي رحمه الله: فالذي[7] عندي أنه[8] لا دليل فيه من هنا، وإنما

---

(1) قوله: (نصف) زيادة من (ر2).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 450، و(العلمية): 4/ 237، و(السعادة/ صادر): 14/ 428، و(تهذيب البراذعي): 4/ 153.

(3) في (ر2): (الشيوخ).

(4) في (ر2): (هنا).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 450، و(العلمية): 4/ 237، و(السعادة/ صادر): 14/ 428، و(تهذيب البراذعي): 4/ 153.

(6) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 64 و65.

(7) في (ر2): (والذي).

(8) قوله: (أنه) ساقط من (ر2).

ذكر[1] اليبس وحل البيع؛ إذ لا تصح شفعة عندي في بيع فاسد، فكأنه قال: لا شفعة فيه على حال من الحالات[2].

وقد يعتضد[3] من يريد التخريج المتقدم بقوله: والزرع والثمرة، سواء.

وليس المراد بهذا - هنا - تسويتهما في الشفعة، وإنما المراد أن لهما حصة من الثمن، إذا تقاسما الأصل.

وقوله: [(إذا اشترى النخل، وفي رؤوسها ثمر[4] قد أزهى، فالشفيع يأخذها بالشفعة، إذا أدرك الثمرة)][5].

قال[6] بعضهم: فرق بينهما إذا اشتراها مع الأصل، فقال: يأخذها ما لم تجذ،[7] إذا اشتراها بغير أصل.

قال: الشفعة فيها ما لم تيبس، وعلى هذا تأول[8] مذهبه في الكتاب.

وقال آخرون: هو اختلاف من قوله في الوجهين، فمرة يقول في الوجهين: حتى ييبس، ومرة يقول: حتى تجذ.

وظاهر اختصار ابن أبي زمنين وابن أبي زيد[9] وغيرهم التسوية بين هذه

---

(1) قوله: (ذكر) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (حالاته).

(3) في (ر2): (يقتصد).

(4) في (ر2) و(ح): (تمر).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 451 و452، و(العلمية): 4/ 238، و(السعادة/ صادر): 14/ 429، و(تهذيب البراذعي): 4/ 153.

(6) في (ر2): (وقال).

(7) في (م) و(ح): (و).

(8) في (ر2): (تأويل).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/ 142.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

الوجوه ،وأن الشفعة فيها ما لم تيبس[1]، لكن ابن أبي زمنين قال: وفي بعض الروايات: فإن كان بعد يبس الثمرة وجذاذها، فنبه على الخلاف في الرواية بما ذكر لا غير.

وقوله: [(نخلاً وديا - بكسر الدال المهملة - وهي الصغار التي تنقل وتغرس.

والبواسق : الطوال)][2].

وقوله: [(لأن الثمرة حبل)][3] - بسكون الباء - أي ولادة، هو اسم الشيء المحمول به، وبفتحها اسم الفعل ومصدره.

وقوله: [(لا شفعة في الرحى)][4]؛ يعني المبنية ولا في موضعها من الأرض؛ إذ هو في حكم التبع لها.

قال أبو إسحاق: وسوى - هنا[5] - العليا والسفلى هذا إذا بيعت[6] مفردة على هذا التأويل، وأما الحجر الملقى غير المبني فلا إشكال أنه لا شفعة فيها ولا خلاف، وأما التي بيعت مع بيتها وأرضها، فقال - أيضاً - [(لا

---

(1) في (م) و(ح): (تيبس).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 452 و453، و(العلمية): 4/ 238 و239، و(السعادة/ صادر): 14/ 429، و(تهذيب البراذعي): 4/ 154.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 453، و(العلمية): 4/ 238 و239، و(السعادة/ صادر): 14/ 430.

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 455 و456، و(العلمية): 4/ 240، و(السعادة/ صادر): 14/ 432، و(تهذيب البراذعي): 4/ 154.

(5) في (ر2): (لنا).

(6) زاد في (ر2): (هنا).

شفعة في الرحى ويشفع في البيت والأرض)][1].

وقيل: معنى ذلك في العليا، وأما السفلى فداخلة في البنيان، وفي جملة الأرض المشفوع فيها

وظاهر قوله[2] خلاف هذا، وأنه لا فرق بين العليا والسفلى عند من يشفع وعند من لا يشفع.

ألا ترى أن أَشْهَب الذي يرى فيها الشفعة قال: هي كباب الدار، ويشبه ما تعلق منها بالأرض كتعلق الباب بالبناء. قال: هي كرقيق الحائط يحكم له بالاتصال وإن كانوا منفصلين.

وغيره من شيوخنا علل منع الشفعة بأنها ليست متصلة، كاتصال[3] البنيان، فإنما هي[4] كالموضوعة بالأرض، ومثله مروي عن مالك، وهذا كله يستوي فيه العليا والسفلى.

وأَشْهَب يجعل الشفعة في الجميع كباب الدار وآلة الحائط، سواء بيعت مفردة أو مع الأرض[5]، ومثله لابن القاسم في كتاب يحيى بن إسحاق.

وقال أَشْهَب وعبد الملك: إلا أن ينصبوها في غير أرضهم، فلا شفعة فيها[6].

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 456، و(العلمية): 4/ 240، و(السعادة/ صادر): 14/ 432، و(تهذيب البراذعي): 4/ 154.

(2) في (م): (قول غيري).

(3) في (ر2): (اتصال).

(4) قوله: (فإنما هي) ساقط من (ر2).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 129.

(6) انظر: المنتقى، للباجي: 8/ 180.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال أَشْهَب: وهي التي تجعل وسط الماء على غير أرض، وأما ما ردم حتى اتصل بالأرض فله حكم الأرض، وفيه الشفعة[1].

وروى ابن وَهْب عن مالك في الرحى الشفعة إذا بيعت بأصلها[2]، وفي كل ما كان منها مبنيا.

فإن بيعت الحجارة وحدها فلا شفعة فيها، ولمالك - أيضاً - [(أنه يشفع في البيت وموضع الرحى دون الحجارة وهي كعرض ملقى)][3]، ولم يجعل لها بعضهم حكم البنيان وإنما جعلها كالموضوعة بالأرض.

وأشار القاضي الباجي أنه يخرج على تعليل أَشْهَب أن الخلاف إنما هو في حجر الرحى لا في موضعها[4]، خلاف ما أشار إليه التونسي.

وقد اختلف الشيوخ في الدار إذا بيعت وفيها مطاحين، فاتفقوا أنها إن كانت غير مبنية فهي للبائع، وإن كانت مبنية، فالسفلى للمشتري.

واختلف في العليا، وهذا يرد قول من جعلها كعرض ملقى.

قال بعض الشيوخ: الخلاف فيها مبني على الخلاف في الشفعة فيما [201/ ب] لا ينقسم إلا بإفساده كالحمام والأندر[5].

قال: وعلى هذا يأتي على[6] اختلاف قول ابن القاسم وكلامه في ذلك،

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 115.

(2) في (م) و(ح): (من أصلها).

انظر: منتخب الأحكام، لابن زمنين: 1/ 399.

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 456، (العلمية): 4/ 240، (السعادة/ صادر): 14/ 432.

(4) انظر: المنتقى، للباجي: 8/ 180.

(5) في (م) و(ح): (الأنذر).

(6) قوله: (على) ساقط من (ر2).

وعلى هذا اختلف فيها، وإن بيعت بأرضها ومناصبها وآلتها؛ لأنها لا تنقسم كما روي عنه في العتبية[1] لا شفعة في مناصب الأرحى، وهذا خلاف المدونة؛ لقوله: [(الشفعة في بيتها وأرضها)][2].

وكذلك قالوا[3]: أنه يختلف فيها إذا بيع حجرها وهو مبني، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم[4].

وعليه جعلوا الخلاف في الشفعة في رقيق الحائط، إذا بيع مفرداً من الحائط ولم يجعل بعضهم في هذا خلافا.

قال: إنما الخلاف إذا بيع معه، وأما إذا بيعت الرحى والرقيق مفرداً عن الأرض، فلا شفعة فيه باتفاق.

وقد قال ابن سَبْلون: وفي معنى قوله في كتاب القسم [(في الجدار أنه بيع مع شيء من الأرض)][5]، وأما إن بيع وحده فلا.

فانظر قوله مع شيء من الأرض، وإن[6] كان يعني الأرض التي قام عليها الجدار فقط فيشبه أن يكون خلافا لما قاله أبو إسحاق في أنه لا شفعة في الرحى ولا في موضع حجرها من الأرض، وإن كان أراد أرضا تتصل بالحائط فهو

---

(1) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 95 و96.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 456، و(العلمية): 4/ 240، و(السعادة/ صادر): 14/ 432، و(تهذيب البراذعي): 4/ 155.

(3) في (ر2): (قال).

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 9/ 30.

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 491، و(العلمية): 4/ 259، و(السعادة/ صادر): 14/ 455، و(تهذيب البراذعي): 4/ 216.

(6) قوله: (وإن) ساقط من (م).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفاق، لكن أنكر قوله هناك في قسمته وليس له كبير عرصة، فدل أنها أرض غير الأرض التي قام عليها[1].

وقوله: [(إذا اشترى شرب يوم أو يومين، فغار الماء، فعلم أن الذي غار هو ثلث الشرب الذي اشترى أو أقل أو أكثر، فإنه يوضع عن المشتري ما قل منه أو كثر، وإن كان أدنى من الثلث إذا كان ما غار من الماء يضره في سقيه، وجاء من نقصانه ضرر بين، فإنه يوضع عنه ولا ينظر إلى الثلث.

قال ابن القاسم: وأرى إن كان ما كثر من الماء حتى قطع ذلك سقيه وضع عنه؛ لأن مالكا قال لي: ما أصيب من الثمار من قبل الماء، وإن كان أقل من الثلث، رأيت أن يوضع)][2] إلى آخر ما ذكر في المسألة.

كذا روايتنا، وفي كثير من النسخ، وهي رواية ابن وضاح، وعليه اختصر ابن أبي زمنين.

قال: وهي مصلحة في رواية ابن وضاح.

وفي غير رواية ابن وضاح، وهي[3] رواية أبي العباس الإبياني[4] والقرويين: إن علم أن[5] الذي غار من الماء هو ثلث الشرب الذي اشترى وضع عنه كما يوضع في جوائح الثمار، وعليه اختصر أكثر المختصرين، وجعلوا قول ابن القاسم بعده خلافه.

---

(1) قوله: (فدل أنها ... قام عليها) ساقط من (م).

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 457 و458، و(العلمية): 4/ 241، و(السعادة/ صادر): 14/ 433، و(تهذيب البراذعي): 4/ 391.

(3) في (م): (في).

(4) في (م): (الإبياني).

(5) قوله: (أن) ساقط من (ر2).

قال بعض[1] الأندلسيين: وما تأول عن مالك في ذلك خلاف أصله؛ ولذلك[2] أصلحها سحنون.

وقال أبو عِمرَان: قول مالك خلاف لابن القاسم، ومالك يراعي الثلث.

وفي بعض الروايات تخليط وأدخل بعضهم كلام ابن القاسم في كلام مالك، واستدل بابتدائه بذكر الثلث.

قال: وأكثر الروايات يصحح ما قلناه.

ومسألة: [(من اشترى نخلاً ليقلعها، ثم اشترى بعدها الأرض فأقرها فيها، فاستحق نصف الأرض والنخل إلى آخر المسألة.

وقوله[3]: فإن أخذ بالشفعة في نصف الأرض والنخل، أخذ بما يقع عليه من الثمن الأول الذي اشتراه به المشتري)][4].

هذا نصه في المختلطة، وأوقفها سحنون وأمر بطرحها وقرأها رواية.

واختلف في تأويل قوله: **ما يقع عليها من الثمن الأول** الذي اشتراه به المشتري، فحمله بعضهم على أنه يأخذها بنصف ثمن الأرض ونصف ثمن النخل، وكذا في كتاب محمد، وإليه ذهب ابن أبي زمنين.

قال ابن أبي زمنين وغيره بثمنهما معا، ولا يحملان على القيمة، وكذا[5] اختصرها أبو محمد ومن بعده من القرويين بثمنهما لا بالقيمة في واحد منهما.

---

(1) في (ر2) و(ح): (شيوخنا).

(2) في (ر2): (ولهذا).

(3) في (ر2): (قوله).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 459 و460، و(العلمية): 4/ 242، و(السعادة/ صادر): 14/ 435، و(تهذيب البراذعي): 4/ 156 و157.

(5) في (ر2): (كذلك).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي كتاب محمد لابن القاسم فيها قولان:

أحدهما هذا، وقال أَشْهَب: الشفعة في الأرض دون البناء والنخل[1].

وقال سحنون: [(يخير المستحق أولا، فإن أجاز بيع نصيبه وأدى الثمن لم يكن للمشتري كلام، فإن لم يجز وأخذ المستحق[2] ما استحق رجع المبتاع على البائع بنصف الثمن)].

وينظر إلى النخل، فإن تفاضل جنسها وقدرها، انفسخ البيع في نصف البائع؛ لأنه لما باع على القلع صار ثمنا مجهولاً لا يعرف ماذا يقع له في القسم؛ لأن الأرض تقسم مع النخل، فيقع في نصيبه كثير من النخل مع قليل من الأرض أو قليل من النخل مع كثير من الأرض للكرم والدناءة، فأما إن كانت الأرض والنخل لا تختلف، حتى تنقسم[3] على الاعتدال، فالبيع جائز، في نصيب البائع.

ويبدأ[4] المشتري في قول أَشْهَب، في رد ما بيده أو حبسه، فإن حبسه فللشفيع الشفعة في الأرض والنخل، بنصف الثمن.

قال ابن القاسم: [(يبدأ[5] الشفيع[6])][7] ونحو هذا الأصل في مراعاة اختلاف الأرض والنخل واتفاقهما في الجواز والفساد لمحمد بن المَوَّاز[8].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 121.

(2) قوله: (المستحق) ساقط من (م).

(3) قوله: (حتى تنقسم) يقابله في (م): (حين تقسم).

(4) في (م): (ويخير).

(5) في (م): (يخير).

(6) قوله: (الشفيع) ساقط من (ر2).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 122.

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 123.

قال القاضي رحمه الله: وهذه الصورة قل ما يتفق أن تكون أرضاً معتدلة في ذاتها ونبات[1] ثمرها[2] واعتدالها في صفتها وقدرها، [202/ أ] ومواضعها حتى إذا قسمت الأرض، بالسواء مجردة[3] بنصفين، خرج في كل نصف من الثمار مثل[4] ما خرج للآخر[5] عددا وصفة وجنسا[6].

وقوله: [(إذا اشتريت داراً فهدمتها ثم بنيتها فاستحق نصفها رجل، قال: لاشيء على المشتري فيما هدم مما أراد أن يبنيه وأراد أن يتوسع به)][7].

تأمل قوله هذا وقوله مثله آخر الكتاب، فدليله أنه إنما يهدر[8] عنه ما هدمه لمنفعة ووجه[9] لا ما هدمه عبثا[10] ولغير منفعة، فيجب أن يكون في ذلك ضامنا؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس[11] سواء، وهذا لم يعمل شيئاً لمنفعة والأول فعله لمنفعة[12] ووضع يده عليه بشبهة فعذر.

---

(1) في (م) و(ح): (أو نبات).

(2) في (ر2): (ثمارها).

(3) في (ر2): (للجودة).

(4) قوله: (مثل) زيادة من (م).

(5) قوله: (خرج للآخر) يقابله في (ر2): (في الآخر).

(6) في (ر2): (وحسبا).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 462 و463، و(العلمية): 4/ 251، و(السعادة/ صادر): 14/ 446، و(تهذيب البراذعي): 4/ 163 و164.

(8) في (ر2): (يهدم).

(9) في (م): (بوجه).

(10) في (ر2): (غشا).

(11) في (ر2): (المسلمين).

(12) في (ر2): (لمنفعته).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقوله في هبة الثواب[1] [(يأخذ بقيمة العرض[2])][3].

قال بعض الشيوخ: ليس على أصله، إلا أن يكون عرضا[4] معيناً والذي يجب في غير المعين أن يستشفع بقيمة[5] العرض، وقاله أبو عِمرَان.

وقوله في هبة الثواب: [(إنما يهبون للثواب رجاء أن يأخذوا أكثر ما مما أعطوا، وإنما رجعوا إلى القيمة حين تشاحوا، بعد تغير[6] السلعة)][7].

فتأمل قوله ثم قوله بعده: [(ألا ترى أن الهبة لو كانت على حالها لم تتغير ردت، إلا أن يقبضها[8] الموهوب[9] لغير شيء، ولو كانت عند الناس، إنما يطلبون فيها كفاف الثمن؛ لما وهب أحد للثواب، ولحملها على وجه[10] السوق، فانتقد الثمن، ولكنهم[11] رجوا الفضل عند أهل الفضل)][12].

---

(1) قوله: (الثواب) يقابله في (ر2) و(ح): (الشفعة للثواب).

(2) في (ر2) و(ح): (العوض).

(3) انظر: المدونة (زايد): 9/ 464، و(العلمية): 4/ 244 و245، و(السعادة/ صادر): 14/ 438، و(تهذيب البراذعي): 4/ 159.

(4) في (ر2): (عوضا).

(5) في (م): (بمثل).

(6) في (م) و(ح): (تغيير).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 465، و(العلمية): 4/ 245، و(السعادة/ صادر): 14/ 439، و(تهذيب البراذعي):4/ 159.

(8) في (ر2): (يمضيها).

(9) في (ر2) و(ح): (الواهب).

(10) قوله: (على وجه) يقابله في (م): (السوق).

(11) في (ر2): (لكنهم).

(12) انظر: المدونة (زايد): 9/ 465، و(العلمية): 4/ 245، و(السعادة/ صادر): 14/ 439.

فهذا كله ظاهره[1] خلاف ما تقدم له صدر الباب، ومذهبه في الكتاب في الهبات من أن الموهوب إذا أثاب قيمة الهبة أجبر الواهب على القبول، ولم يكن له رد الهبة، وما ههنا وفاق لرواية مُطرِّف، في كتاب ابن حبيب ونص مثل كلام مُطرِّف بلفظه[2].

وقوله: [(لا يجوز ما وهب الأب ولا ما حابى ولا ما تصدق من مال ابنه ولا ما أعتقه[3] إلا أن يكون الأب موسراً، فيجوز ذلك على الأب وضمن قيمته في ماله ولا يجوز في الهبة وإن كان موسرا)][4].

كذا في نسخ وروايات.

وفي كتاب إسحاق وابن المرابط: إلا أن يكون الأب موسراً، في العتق وبه تصح المسألة، وتفسر[5] على أصله، وعلى العتق يرجع الكلام خاصة.

وقوله في: [(الأب يهب شقصاً من دار ابنه على عوض أنه يجوز ولم يشترط شيئا)][6].

وقال في كتاب الهبات: [(إذا وهب مال ابنه على عوض وهو صغير، إنه جائز، وهو بيع من البيوع وبيع الأب على ابنه جائز)][7].

---

(1) قوله: (ظاهره) زيادة من (ر2).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 175.

(3) في (ر2): (أعتق).

(4) انظر: المدونة (زايد): 9/ 468، و(العلمية): 4/ 246 و247، و(السعادة/ صادر): 14/ 440، و(تهذيب البراذعي): 4/ 160.

(5) في (ر2): (وتفسير).

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 467، و(العلمية): 4/ 246، و(السعادة/ صادر): 14/ 440، و(تهذيب البراذعي): 4/ 160.

(7) انظر: المدونة (زايد): 10/ 249، و(العلمية): 4/ 386، و(السعادة/ صادر): 15/ 8.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وقال في مسألة الشفعة – هنا – في الوصي: [(لا ينبغي إلا أن يكون لذلك وجه)][1]، وفسره بما فيه غبطة للمحجور عليه.

قال بعضهم: يظهر من هذا أن فعل الأب محمول على النظر، حتى يظهر خلافه وفعل الوصي محمول[2] على غير النظر حتى يظهر النظر، وهذا إنما هو في الرباع خاصة، كما[3] قال أبو عِمرَان وغيره.

وأما غير الرباع فهو محمول على النظر حتى يتبين خلافه.

قال أبو عِمرَان: وهو معنى ما في كتاب محمد، وما في المدونة يفسره.

وقال أصحاب الوثائق ابن العطار وغيره: نحو[4] ما تقدم من التفريق بين الأب والوصي، لكنهم لم يفرقوا بين الرباع وغيرها.

قالوا: فإن لم يوجد من يشهد لهم بالنظر جاز بيعهم وحملت أفعالهم على النظر والتمام حتى يثبت خلافه، كذا قال ابن العطار، وفي الكلام تناقض فانظره، فأي فرق إذًا بينه وبين الأب.

وقوله: [(فيمن وهب شقصاً على عوض)][5] أنه إذا سمى العوض فللشفيع الشفعة.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 468، و(العلمية): 4/ 247، و(السعادة/ صادر): 14/ 440 و441، و(تهذيب البراذعي): 4/ 160.

(2) قوله: (محمول) ساقط من (ر2).

(3) في (ر2): (كذا).

(4) في (ر2): (نحو).

(5) انظر: المدونة (زايد): 10/ 251، و(العلمية): 4/ 387، و(السعادة/ صادر): 15/ 85، و(تهذيب البراذعي): 4/ 158.

وفي كتاب الهبات: [(لا يأخذ الشفعة حتى يثاب سمى أو لم يسم)][1].

قيل هو خلاف.

وقيل: ليس بخلاف، وسنذكره مبينا[2] في كتاب الهبات.

وكذلك ما جاء هناك في الآثار من الخلاف متى[3] يلزم الموهوب بالقيمة[4]؟ فانظره هناك.

وقوله في الصلح من دم خطأ بشقص: [(إن كان من أهل الإبل أخذ الشفيع الدار بقيمة الإبل)][5].

قال بعضهم: معناه يقوم[6] الآن على أن يقبض إلى آجالها في الذمة[7]، ويقبض القيمة الآن نقداً وهو تأويل سحنون في كتاب ابن عبدوس، وقاله عبد الملك، وكذا مذهبه فيمن اشترى بثمن مؤجل أنه يباع بعرض[8].

وقيل: قيمتها[9] عنده، كما قال في الكتاب على أجلها.

ومتى حلت سنة قومت ثلث الإبل نقداً – حينئذ – وقبضت، واعترض هذا

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 10/ 251، و(العلمية): 4/ 387، و(السعادة/ صادر): 15/ 85.

(2) في (م): (متمما).

(3) في (م): (حتى).

(4) في (ر2): (القيمة).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 470، و(العلمية): 4/ 348، و(السعادة/ صادر): 14/ 442، و(تهذيب البراذعي): 4/ 162.

(6) في (ر2): (نقوم).

(7) في (ر2) و(ح): (الدية).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 168.

(9) في (م): (بثمنها).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

سحنون وغيره.

وقال: هذا من بيع الدين بالدين، وحكي عن سحنون - أيضاً - ويحيى بن عمر أنه إنما[1] يأخذ بمثل الإبل على[2] آجالها لا بقيمتها؛ لأنها أسنان معلومة موصوفة.

قالوا: ولا يصح أن تقوم الآن الإبل على أن تؤخذ القيمة على آجالها.

وقول عبد الملك وسحنون إذا كانت الدية عيناً قومت العرض[3] نقداً على أن تقبض على آجالها[4].

قال سحنون: ثم يقوم [202/ ب] العرض بعين وبه يشفع.

وقال عبد الملك: بل يشفع بالعرض الذي قوم به.

وأَشْهَب يقول كقول ابن القاسم: أنه لا قيمة في العين وإنما يشفع بمثل الدين أو يترك وعلى قولهم هذا يجب إذا كان الشفيع عديماً أن يأتي بحميل ثقة.

كما قال فيمن اشترى[5] بالدين أنه[6] يشفع فيه، فإن لم يأت بحميل ثقة، فعلى قوله في كتاب محمد: لا شفعة له، وعلى ما قال ابن نافع: له الشفعة ما لم ينقض أجلها[7].

وقوله في الصلح على القذف، [(لا أراه جائزاً؛ لأن الحدود التي هي لله إذا

---

(1) قوله: (إنما) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (إلى).

(3) في (م): (بعرض).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 169.

(5) قوله: (فيمن اشترى) يقابله في (م): (فيما اشترى).

(6) قوله: (أنه) زيادة من (م).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/ 169.

بلغت السلطان لا عفو فيها، ولا يصلح فيها الصلح على مال قبل أن ينتهي إلى السلطان)][1].

قال سحنون: مسألة القذف[2] فيها مغمز، ويجب جواز الصلح فيها.

قال فضل: ينبغي أن يجوز عفوه في القذف وتكون فيه الشفعة.

قال القاضي رحمه الله: يعني[3] قبل انتهائه إلى السلطان أو بعد انتهائه على أحد الأقوال في جواز العفو بعد بلوغ السلطان.

قال بعضهم: هذا في الحكم والقضاء، ولا فرق بين صلحه على حق في عرضه أو بدنه وإن كان مذموما في مكارم الأخلاق أن يأخذ لعرضه ثمنا، وإلى نحو هذا أشار حمديس.

وقال أَشْهَب: الحدود التي لا يجوز فيها الصلح مالاً لا يجوز فيها العفو، كالسرقة والزنا، وما جاز فيه العفو جاز فيه الصلح، تأمل قوله في المحارب: إن أخذوه قبل أن يتوب، فليس عفوهم عفواً، ولا يجوز أن يصالحوه من الدم على مال معناه: أنه إن تاب قبل القدرة عليه فتجوز مصالحته على جميع ذلك؛ لأن الحق فيه صار للناس، بخلاف إذا لم يتب حتى قدر عليه؛ لأن حد الحرابة ثابت فيه لله تعالى.

و[(الغياض[4]: الشجر الملتف.

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 472، و(العلمية): 4/ 249، و(السعادة/ صادر): 14/ 443، و(تهذيب البراذعي): 4/ 163.

(2) في (م): (الصلح).

(3) في (ر2): (ينبغي).

(4) في (ر2): (والغائض).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

والآجام: مثله، وكذلك القصب الملتف[1] وشبهه)][2].

وقوله في البير: [(إذا قسمت فلا[3] شفعة فيها)][4].

وفي العتبية: فيها الشفعة.

قال سحنون: ليس بخلاف.

ومعنى ما في العتبية هي آبار كثيرة تقسم، وما في المدونة بئر واحدة لا تنقسم[5].

وقال ابن لبابة: معنى ما في المدونة لا فناء[6] لها، وما في العتبية لها فناء[7] وأرض مشتركة، يجعل فيها القلد ويقسم فيها ماؤها[8].

وذهب[9] اللخميّ وغير واحد إلى أنه اختلاف من قوله: إما على أصله في

---

(1) ممن نص على أن الغيضة والأجمة بمعنى واحد -كما قال عياض- الجوهري؛ حيث يقول: «الغيضة: الأجمة»، وقد وافقهما في ذلك كثير من العلماء من المتقدمين والمتأخرين.
انظر: كتاب العين: 4/ 431 و6/ 194، وتهذيب اللغة: 8/ 146، ومعجم مقاييس اللغة: 1/ 65 و4/ 405، والصحاح: 3/ 1097، ولسان العرب: 7/ 201، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 2/ 459، والقاموس المحيط: 1/ 838.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 476، و(العلمية): 4/ 251، و(السعادة/ صادر): 14/ 445 و446، و(تهذيب البراذعي): 4/ 163.

(3) في (ر2): (لا).

(4) انظر: المدونة (زايد): 10/ 16، و(العلمية): 4/ 270، و(السعادة/ صادر): 14/ 468، و(تهذيب البراذعي): 4/ 148.

(5) في (ر2): (تقسم).

(6) في (م): (بناء).

(7) في (م): (بناء).

(8) انظر: البيان والتحصيل: 12/ 88 و89.

(9) قوله: (و) زيادة من (ر2).

اختلافه في الشفعة فيما لا ينقسم عند بعضهم أو على الخلاف في الشفعة فيما هو متعلق بالأصول عند آخرين، كالنخل والنقض[1]، وكذلك هذا الاختلاف عند بعضهم في الكثير منها والواحدة سواء، إذا لم يكن معها أرض.

وقوله: [(إذا سلم الأب والوصي شفعة الصغير جاز ذلك عليه)][2].

قال أبو عِمرَان الفاسي[3]: ولو كان له أخذها[4] نظراً إذ لا يجبر على الشراء له.

وقال: إن سلم له القاضي شفعته إذا لم يكن له ناظر، فذلك جائز.

قال: هو بخلاف الوصي والأب لا يجوز له من تركه إلا ما كان نظرا؛ لأن الحاكم إنما هو تارك للحكم فيما رفع إليه من ذلك.

وقوله: [(في الشفعة في هبة الشقص للثواب)][5]، إذا سموا الثواب، انظر خلاف هذا اللفظ في كتاب الهبات والخلاف في تأويله.

وقوله في: [(المضارب يشتري شقصاً من دار بمال المضاربة، وهو شفيعها)][6] له أن يأخذ بالشفعة.

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3309.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 478، و(العلمية): 4/ 245، و(السعادة/ صادر): 14/ 438، و(تهذيب البراذعي): 4/ 130.

(3) قوله: (الفاسي) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (له أخذها) يقابله في (م): (أحدهما له).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 464 و465، و(العلمية): 4/ 133، و(السعادة/ صادر): 14/ 439، و(تهذيب البراذعي): 4/ 158.

(6) انظر: المدونة (زايد): 9/ 479 و480، و(العلمية): 4/ 252 و253 و(السعادة/ صادر): 14/ 447 و448، و(تهذيب البراذعي): 4/ 164.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

قال أَشْهَب في المجموعة: وعمدته[1] في الشفعة على البائع لا على رب المال، إذا لم يرض[2] رب المال بشرائه لما تكون عهدته عليه.

وكذلك لو كان الشفيع هو رب المال فيستشفع لكانت عهدته على البائع - أيضا - وعلقت من كتاب ابن عتاب عن بعض الشيوخ أن سحنوناً يقول: إذا أخذ العامل بالشفعة في المسألة المذكورة فعهدته على رب المال في مال القراض.

وقوله: [(في شهادة أبي وابني وزوجتي،[3] وابنتي[4] وجدتي[5] على وكالتي لا تجوز[6] شهادتهم بما وكله غيره، وتجوز بما وكل هو غيره عليه)][7] وقع في بعض روايات المدونة زيادة أو أخي[8].

وقيل: معناها غير مبرز على القول باشتراط التبريز في شهادة الأخ لأخيه على ما تقدم في كتاب الشهادات، وهي ساقطة من جل النسخ، وأراها ثابتة في رواية أبي عمران، ولم تكن في أصول شيوخنا.

ومعنى المسألة فيمن لا تجوز شهادته من القرابة، وإنما أجاز ذلك - هنا - إذا كانت شهادته[9] عليه لا له مثل أن ينكر التوكيل أو يكون القائم به غيره

---

(1) في (ر2): (وعهدته).

(2) في (ر2): (يضرب).

(3) زاد في (ر2): (وزوجني).

(4) في (م): (وأمي).

(5) في (م): (وجدي).

(6) في (ر2): (تجوز).

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 485، و(العلمية): 4/ 256، و(السعادة/ صادر): 14/ 451، و(تهذيب البراذعي): 4/ 167.

(8) في (ر2): (أختي).

(9) قوله: (من القرابة ... كانت شهادته) ساقط من (م).

لشفعته لا لحقه هو، فأما متى كان القائم به، وهو الطالب إثبات حقه أو حق غيره بذلك، فهي شهادة لا تجوز.

وقوله: [(في تزكية النساء لا تجوز ثم قال: قال ابن القاسم: وأرى تجريحهن لا يجوز كما لا يجوز تزكيتهن)][1].

ثبت في نسخ، وكان في أصل ابن عتاب، وأصل ابن المرابط موقوفاً محوقاً عليه.

وقوله: [(لو [203/ أ] أن رجلاً خاصم رجلاً حتى نظر القاضي في أمرهما وتحاجاً عنده ثم حلف ألا يخاصمه وأراد أن يوكل؛ ليس له ذلك، إلا لعذر)][2] تأمل هذا، وأنه فيما وقع[3] فيه الخصام ونظر بينهما القاضي فهو يبين ما ذهب إليه الشيوخ من أن ذلك إذا تكررت المجالس والحجج، ثلاث مجالس، فأكثر لم يكن له بعد توكيل غيره؛ لأنه من التشغيب إلا لعذر بين، وهو قول أصبغ.

وأما مجلس أو اثنان فله أن يوكل وللتهمة أن يكون إنما يعدل بعد هذه المجالس؛ لعجزه[4] وليأتي من يستأنف له[5] حججاً أخرى[6].

ومثله قوله في كتاب الديات: [(لكل واحد منهما أن يوكل ما لم يرد

---

(1) انظر: المدونة (زايد): 9/ 485 و486، و(العلمية): 4/ 256، و(السعادة/ صادر): 14/ 451 و452، و(تهذيب البراذعي): 4/ 164.

(2) انظر: المدونة (زايد): 9/ 487، و(العلمية): 4/ 256، و(السعادة/ صادر): 14/ 452.

(3) في (ر2): (وضع).

(4) في (ر2): (لغيره).

(5) في (ر2): (لها).

(6) زاد في (ر2): (صح).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

أذاه[1])] وليس بخلاف إن شاء الله.

ومعنى أسرع عليه؛ أي استطال.

ومعنى عنته؛ أي أدخل[2] المشقة والتعب عليه والأذى بالخصام وأصله المشقة[3].

وقوله: [(في مشتري دين رجل إذا علم أن ذلك لعداوة بينه وبين الذي عليه الدين وأنه إنما أراد بذلك عنته لم يمكن من[4] ذلك)][5].

ظاهره أنه يفسخ بيعه ولا يترك، وهو كقول غيره في كتاب المدبر، في الذمي يشتري مسلماً أنه يفسخ شراؤه، وهي رواية ابن القاسم.

وقوله في العتبية، وله في كتاب التجارة إلى أرض الحرب [(أنه يباع عليه)][6]، فاستخرجوا له من ههنا مثل قوله الآخر المتقدم، وقول غيره وأكثر الرواة.

وقوله: [(فيمن ادعى دعوى في دار، فصالحه منها، ولم يسم دعواه هذا الصلح، إذا كان يعرف ما يدعي من الدار، فلا بد أن يسميه، ثم يتصالحان، ثم قال: إلا أن يكونا لا يعرفان ذلك، فيجوز الصلح)][7].

---

(1) قوله: (ما لم يرد أذاه) يقابله في (م): (ما لم يكثر ترداده عليه).

(2) في (ر2): (إدخال).

(3) انظر: معجم مقاييس اللغة: 4/ 150.

(4) في (ر2): (يكن).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 488، و(العلمية): 4/ 257، و(السعادة/ صادر): 14/ 452 و453، و(تهذيب البراذعي): 3/ 629.

(6) انظر: المدونة (زايد): 7/ 263، و(العلمية): 3/ 299، و(السعادة/ صادر): 10/ 275.

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 495، و(العلمية): 4/ 261، و(السعادة/ صادر): 14/ 457، و(تهذيب البراذعي): 4/ 170

كذا ثبت في روايتنا عن ابن عتاب، وفي أكثر النسخ، وسقطت لا من بعض النسخ، ومن روايتنا عن ابن عيسى عن ابن المرابط، ولم يكن في أصله.

قال ابن أبي زمنين: من أسقطها رد الكلام إلى أول المسألة، ومن أثبتها معناه تحلل بعضها من بعض.

وقال فضل: إثباتها صحيح؛ لأنه إذا لم يعرفا جاز على وجه التحلل، ومثله مسألة الصلح على دراهم لا يعرفان عددها أنه يجوز صلحهما على دنانير ودراهم وغيرهما، نقداً ومثله في بيع الصبرة لا يعرفان كيلها[1].

ومثله لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر في موضع إن جهلا جميعاً صفة الأرض جاز، ولو علمها أحدهما دون الآخر لم يجز؛ إذ يدخل في هذه المخاطرة، وهناك ارتفعت؛ لاستواء حالهما، وللضرورة إلى ذلك، ولا ضرورة إذا علم ذلك[2] أحدهما دون[3] أن يعلم الآخر فيستوي علمهما.

وقوله في مسألة النخل والأرض ومسألة الدارين، [(إن[4] استحق من ذلك الكثير، كان له أن يرد أو يتماسك)][5].،

هذا على أحد قوليه خلاف ما له في الاستحقاق والعيوب أنه ليس له الرضى بذلك؛ لأنه شراء بثمن مجهول، وكذا قال سحنون في هذه ليس له ذلك؛ لأنه لا يدري بما يقع عليه من الثمن.

---

(1) في (م): (قدرها).

(2) في (ر2): (بذلك).

(3) قوله: (دون) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (إن) ساقط من (ر2).

(5) انظر: المدونة (زايد): 9/ 493 و494، و(العلمية): 4/ 260، و(السعادة/ صادر): 14/ 456، و(تهذيب البراذعي): 4/ 150.

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

وفي كتاب[1] النكاح الثاني وكتاب ابن حبيب، جواز ذلك كما هنا ونحوه في القسمة، في تخييره في الرضى بما بقي مما استحق من الدار، بما يصيبه من الثمن لم يبين هل هو على الجزء أم[2] لا؟ وسنذكره هناك إن شاء الله.

قال ابن أبي زمنين في قوله: **أو يتماسك** بما بقي في يده، ويأخذ من الثمن بقدر ما استحق: لفظ فيه نظر، وهو مطروح في بعض الروايات؛ لأنه خلاف أصله، إذا كان ما استحق معينا[3].

وكذلك قوله في آخر المسألة، إذا كانت[4] النخل على حدة والأرض على حدة واشتراها صفقة واحدة، فاستحق من النخل أكثرها، كان له أن يرد جميع النخل، إذا لم[5] يكن ما استحق وجه ما اشترى، هذا – أيضاً – خلاف أصله، وإنما يلزمه –أيضاً[6] – أن يرد ما استحق فقط، إذا لم يكن ما استحق وجه جميع ما اشترى.

ومسألة المصالح: [(من دعوى في سدس دار على الإنكار بشقص من دار أخرى دفعه المدعي وقبض السدس[7])][8].

---

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ر2).

(2) في (ر2): (أو).

(3) في (ر2): (معيبا).

(4) في (م): (كان).

(5) قوله: (لم) ساقط من (ر2).

(6) قوله: (أيضا) ساقط من (ر2).

(7) قوله: (السدس) ساقط من (ر2).

(8) انظر: المدونة (زايد): 9/ 496 و497، و(العلمية): 4/ 262، و(السعادة/ صادر): 14/ 458 و459، و(تهذيب البراذعي): 4/ 170.

لا شفعة في السدس ويشفع في الشقص يقوم من ههنا أن الشفعة في[1] المناقلة على إحدى الروايات عنه في منع ذلك جملة على أي وجه كان التعاوض رواية ابن القاسم عن مالك في العتبية[2]، وكتاب ابن حبيب، كان المتناقلان شريكين في الأصلين أو في أحدهما أو لا؛ إذ لو لم يكن عنده[3] - هنا - بينهما شفعة لكان من حجة دافع السدس أن يقول: أنا لم أبع أصلاً إلا بأصل، ولم أبعه بثمن[4] غير الأصول، فلا شفعة علي فيما أخذت فيه.

وقد قيل في هذا الباب كله: لا شفعة فيه[5] كان ما ناقل له به ليس فيه شرك مع المشتري أو غيره، وهي رواية ابن القاسم عن أصحابه عن مالك وربيعة وغيرهما من المدنيين إذا قصد المناقلة والسكنى دون البيع.

وذكر مُطرِّف، [203/ ب] وعبد الملك عن مالك أن المناقلة التي لا شفعة فيها أن يبيع حصته من شريكه بأصل آخر له فيه معه[6] شرك - أيضاً - ليوسع من[7] حظه بما صار له من حظ شريكه، فلا تكون المناقلة على هذا إلا بشرط شركتهما في الأصلين المتناقلين[8] بهما، وهذا أبين الوجوه[9] في إسقاط الشفعة

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ر2).

(2) قوله: (على إحدى الروايات ... مالك في العتبية) ساقط من (ر2). وانظر: البيان والتحصيل: 12/ 56 و57.

(3) في (م): (عقده).

(4) قوله: (بثمن) ساقط من (ر2).

(5) قوله: (فيه) ساقط من (ر2).

(6) في (م): (شفعة).

(7) قوله: (ذلك) ساقط من (م).

(8) في (م) و(ح): (المتناقل).

(9) قوله: (أبين الوجوه) يقابله في (ر2): (أبين الوجه).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

ظاهر في الفقه.

وقال مُطرِّف بإسقاط الشفعة إذا كانت شركة، وإن كانت من جهة واحدة وفي المبيع الواحد، فتسقط في الجهة التي أخذ من شريكه؛ ليوسع به في منزله دون ما دفع مما لم يكن للآخر فيه شرك، وهذا قريب في الظهور والفقه من الأول لكن له - أيضاً - وجه صحيح إذا لم يقصد المبايعة[1].

ومسألة [(من اشترى بعبد مغصوب أو دراهم مغصوبة)][2].

وقوله في مسألة [(الدراهم وفي فوات[3] العبد الشفعة)]؛ فيه دليل على جواز شراء ما اشترى بالثمن الحرام على ما قاله محمد بن سحنون وابن عبدوس وغيرهما.

وإن كان ابن عبدوس قد فرق بين علم البائع بذلك، أم لا؛ لأنه إذا علم كأنه رضي بدفع[4] سلعته بغير ثمن أو بثمن معيب، بخلاف إذا لم يعلم.

قال غيره: وإنما نحا ابن عبدوس في ذلك منحى الورع، وقد كره[5] سحنون وغيره شراء ذلك على الجملة[6].

وقوله: [(في الموهوب الشقص يدعي[7] عليه الشراء في السر وكتمه أو

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/ 56.

(2) انظر المدونة (زايد): 9/ 498، و(العلمية): 4/ 263، و(السعادة/ صادر): 14/ 459، و(تهذيب البراذعي): 4/ 171.

(3) في (م): (جواب).

(4) في (ر2): (دفع).

(5) في (ر2): (ذكره).

(6) انظر: مسائل ابن رشد: 1/ 561.

(7) في (ر2) و(ح): (يدعى).

كانت بثواب والحيلة باسم الهبة، إن كان رجل صدق لا يتهم على مثل هذا، فلا يمين عليه وإن اتهم حلف)][1].

فيه حجة في[2] مراعاة الشبه في المدعى عليه وأن من ادعي عليه بدعوى لا تشبه ولا جرت عادته به أنه لا يمين عليه[3] فيه[4].

قال بعض شيوخنا في معنى المسألة: أنه لم يحقق عليه الدعوى وإنما اتهمه بذلك، فصارت يمين تهمة لا تلزم إلا من يليق به ذلك، وهذا صحيح ألا تراه كيف قال: أخاف أن يكون قد باعه في السر، ولو حقق عليه الدعوى للزمه[5] اليمين على كل حال إلا الرجل الصالح المبرز، الذي لا يليق به هذا جملة على رأي بعضهم.

ومسألة: [(من حلف لإحدى زوجتيه بطلاقها آثر الأخرى عليها)][6]

ومسألة: [(الشفعة في الحبس)][7] ثبتت[8] عند أحمد بن خالد في كثير من النسخ، وعليها اختصر المختصرون، وسقطت من بعضها، ولم يثبتها[9] في كتاب ابن عتاب ولا غيره من شيوخنا.

---

(1) انظر المدونة (زايد): 9/ 499، و(العلمية): 4/ 262، و(السعادة/ صادر): 14/ 460.

(2) في (م): (على).

(3) قوله: (وأن من ادعي عليه ... لا يمين عليه) ساقط من (ر2).

(4) قوله: (فيه) ساقط من (ر2).

(5) في (م): (للزمته).

(6) انظر: المدونة، و(العلمية): 4/ 264، و(تهذيب البراذعي): 4/ 173.

(7) انظر: المدونة (زايد): 9/ 490 و491، و(السعادة/ صادر): 14/ 454 و455، و(العلمية): 4/ 259، و(تهذيب البراذعي): 4/ 167.

(8) في (م): (ثبتتا).

(9) في (م): (نثبتا).

http://elmalikia.blogspot.com/ مكتبة الفقه المالكي

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كتاب العيوب	1795
كتاب الاستبراء	1877
كتاب الصلح	1907
كتاب الجعل والإجارة	1943
كتاب تضمين الصناع	1999
كتاب المساقاة	2007
كتاب الجوائح	2023
كتاب القراض	2033
كتاب الشركة	2059
كتاب الرواحل والدواب	2081
كتاب كراء الدور والأرضين	2099
كتاب الأقضية	2121
كتاب الشهادات	2157
كتاب المديان والحجر والتفليس	2205
كتاب المأذون	2237
كتاب الحمالة والكفالة	2245
كتاب الحوالة	2277
كتاب الرهون	2283
كتاب الغصب	2317
كتاب الاستحقاق	2341
كتاب الشُّفْعة	2367